

**DOMSTOLSKONTROLL MED DISKRESJONÆRE
FORVALTNINGSVEDTAK
MED KOMPARATIVE LINJER TIL SVENSK
FORVALTNINGSRETT**



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 682

Leveringsfrist: 25.11.2010

(* regelverk for masteroppgave på:

www.uio.no/studier/emner/jus/jus/JUR5030/reglement/vedlegg_emnebeskrivelse_masteroppgaver_JUR5030_5060.html)

Til sammen 16556 ord

24.11.2010

Innholdsfortegnelse

| | | |
|-----------------|---|------------------|
| <u>1</u> | <u>TEMA FOR OPPGAVEN</u> | <u>1</u> |
| 1.2 | Avgrensning av oppgaven | 1 |
| 1.3 | Kilder | 2 |
| <u>2</u> | <u>DOMSTOLSKONTROLL MED FORVALTNINGSAVGJØRELSER I NORGE</u> | <u>3</u> |
| 2.1 | Grunnlaget for domstolenes kompetanse | 4 |
| 2.2 | Domstolenes kompetanse til å prøve forvaltningsskjønnet | 4 |
| 2.3 | Forholdet til EMK | 5 |
| 2.4 | Resultatet av domstolskontrollen | 6 |
| <u>3</u> | <u>RETTLIGE GRUNNLAG FOR FORVALTNINGENS SKJØNNSUTØVELSE</u> | <u>7</u> |
| 3.1 | Legalitetsprinsippet – kravet om lovhjemmel for inngrep i borgernes rettssfære | 7 |
| 3.3 | Har forvaltningen fritt skjønn? | 9 |
| 3.4 | Lovbundne og diskresjonære vedtak | 9 |
| 3.5 | Rettsanvendelsesskjønn | 10 |
| 3.6 | Diskresjonært skjønn | 12 |
| <u>4</u> | <u>DOMSTOLSKONTROLL MED DISKRESJONÆRE FORVALTNINGSVEDTAK – EKSEMPLER FRA HØYESTERETT</u> | <u>16</u> |
| 4.1 | Tilfeller der domstolene kan avsi dom for realitet | 27 |
| 4.2 | Sammenfatning | 36 |
| <u>5</u> | <u>PRØVINGSRETTEEN I SVENSKE FORVALTNINGSDOMSTOLER</u> | <u>39</u> |

| | | |
|-------------------|--|------------------|
| 5.2 | Prosessformene förvaltningsbesvär, kommunalbesvär og rättsprövning | 39 |
| 5.3 | De tre forvaltningsdomstolene | 42 |
| 5.3.1 | Förvaltningsrätten | 42 |
| 5.3.2 | Kammarrätten | 42 |
| 5.3.3 | Regeringsrätten | 43 |
| 5.3.4 | Kompetansefordelingen mellom de alminnelige domstolene og forvaltningsdomstolene | 43 |
| <u>6</u> | <u>RETTSPRAKSIS FRA REGERINGSRÄTTEN</u> | <u>44</u> |
| <u>7</u> | <u>RETTPOLITISKE MOMENTER – BØR DOMSTOLENES PRØVING AV DET DISKRESJONÆRE SKJØNN GÅ Lenger? HENSYN FOR OG I MOT.</u> | <u>51</u> |
| <u>7.1</u> | <u>NORGE OG SVERIGE</u> | <u>52</u> |
| <u>8</u> | <u>LITTERATURLISTE</u> | <u>55</u> |

1 Tema for oppgaven

Den offentlige forvaltning fatter hver dag en rekke vedtak som får betydning for den enkelte borger. Helt siden jeg ble introdusert for forvaltningsretten på andre avdeling har emnet domstolskontroll med slike forvaltningsvedtak interessert meg. Mest av alt fordi kontrollen er begrenset, i den forstand at norske domstoler viser tilbakeholdenhet med å overprøve det forvaltningsskjønn som måtte være utvist i det enkelte fattede vedtak. Dette får konsekvenser for den enkelte borgers rettssikkerhet, og stiller store krav til forvaltningen som beslutningsorgan. En markant forskjell er å finne i svensk forvaltningsrett, der hovedregelen, med visse unntak, er at forvaltningsvedtak kan bringes inn for egne forvaltningsdomstoler for en full legalitets- og skjønnsk kontroll. Dette vil si at både det lovmessige grunnlaget og skjønnsvurderingen som forvaltningen har lagt til grunn som hovedregel er underlagt domstolskontroll. Jeg vil i denne avhandlingen konsentrere meg om domstolsprøving av diskresjonære forvaltningsvedtak, og ved å vise til rettspraksis nærmere belyse hvor grensen for overprøving av disse går i både norsk og svensk rett. Deretter vil jeg peke på rettspolitiske momenter og diskutere hensyn for og i mot et system med uavhengige alminnelige domstoler som vi har i Norge, og et system med forvaltningsdomstoler som er i Sverige. Min oppgave er utformet med Norge som utgangspunkt, og derfor foreligger ikke like mye rettspraksis fra Sverige.

1.2 Avgrensning av oppgaven

Jeg går ikke inn på den interne kontrollen med forvaltningsvedtak som innebærer klageadgang i forvaltningen, og jeg går heller ikke inn på det prosessuelle når et forvaltningsvedtak kommer opp for domstolene i verken Norge eller Sverige. Jeg kommer ikke til å behandle spesialdomstoler og deres kompetanse. Temaet har vært vanskelig å avgrense, og jeg har etter hvert komprimert stoffet til det jeg virkelig interesserer meg for; nemlig hvorfor domstolskontrollen med forvaltningsvedtak i Norge hovedsaklig er begrenset til en legalitetskontroll, med tilbakeholdenhet med å overprøve forvaltningsskjønnet.

Jeg kommer til å benytte meg av begrepene ”forvaltningsskjønn” , ”diskresjonært skjønn” og noen ganger ”fritt skjønn” fremover i avhandlingen. Det er ulike meninger om begrepet ”fritt skjønn” i den juridiske litteratur. Eckhoff/Smith benytter seg av ”forvaltningsskjønn”, og det samme gjør Frihagen.¹ Erik Boe omtaler dette som både ”lovskjønn” og ”rettsanvendelsesskjønn med begrenset domstolskontroll”. Begrepet ”fritt skjønn” noe misvisende i og med at forvaltningens skjønnsutøvelse sjelden kan sies å være helt fri. Domstolene kan vise tilbakeholdenhet med å overprøve det skjønn som er utvist i det enkelte vedtak, men dette betyr ikke at forvaltningen er helt fri når den utøver skjønn. Foruten rettslige skranker kan forvaltningens skjønnsutøvelse være begrenset i form av fast forvaltningspraksis.² De stedene jeg bruker ordet fritt skjønn er dette fordi det i relasjon til rettspraksis er lettere å poengtere hva som anses unntatt fra domstolskontroll og hva som ikke anses unntatt. I de dommene jeg viser til benytter Høyesterett seg som regel av terminologien ”fritt skjønn”.

1.3 Kilder

Rettskildene i emnet ”domstolskontroll med forvaltningsvedtak” er hovedsakelig basert på utvikling i rettspraksis og ulovfestet rett. Dette gjelder for både Norge og Sverige. Fra midten av 1900-tallet har det blitt skrevet mye i norsk rett om emnet domstolskontroll med forvaltningen. En av de sentrale norske kildene er forvaltningskomiteéns innstilling fra 1958³ til forvaltningsloven av 1967, som for øvrig er gjeldende forvaltningslov i Norge fremdeles. Videre er som sagt de fleste retningslinjer dratt opp i rettspraksis.

I Sverige er kildene rundt begrepet domstolskontroll med forvaltningen relativt sparsomt. Det er lite litteratur om emnet. I de svenske forvaltningsrettslige bøker jeg har brukt i avhandlingen, fremgår det stort sett bare med et par setninger at hovedregelen for overprøvingen av forvaltningsvedtak er full diskresjonær bedømming, og at dette skiller seg ut fra de fleste øvrige europeiske land.⁴ Det materielle omfanget av

¹ Eckhoff/Smith(2010) s. 382, Boe (1993) s. 691, Bernt/Rasmussen (2003) s. 74

² Bernt/Rasmussen (2006) på s. 78 - 79

³ Forvaltningskomiteéns innstilling (1958)

⁴ Bohlin/Warmling-Nerep (2004) s. 217, Warmling-Nerep (2008) s. 69

prøvningsretten diskuteres ikke særlig, stort sett er fokuset på det prosessuelle i forvaltningsretten.⁵

For å belyse mitt valgte emne tar jeg hovedsakelig utgangspunkt i rettspraksis fra både Norge og Sverige. Fra rettspraksis omtales også en rekke lover og forarbeider mv, som også kommer med i kildematerialet.

2 Domstolskontroll med forvaltningsavgjørelser i Norge

Retten til å få prøvet et forvaltningsvedtak for domstolene har vært praktisert i norsk rett helt siden 1830-tallet, selv om det verken er lov- eller grunnlovsfestet. I tiden før 1814 var praksis at man klagde et forvaltningsvedtak inn for Kongen, hvorpå enten sentralforvaltningen i København avgjorde saken, deretter at det ble oppnevnt en dømmende kommisjon, eller at de alminnelige domstolene i Norge kunne prøve sakene. De alminnelige domstolene begynte allerede på 1830-tallet å prøve forvaltningssaker uten forhåndstillatelse fra Kongen.⁶ Den første saken der Høyesterett brøt med Stortingskomiteens uttalelser om at forvaltningsavgjørelser ikke kunne gjøres til gjenstand for søksmål ved de alminnelige domstoler, kom allerede i 1818. Siden da er det slått fast med sikkerhet i rettspraksis at domstolene har anledning til å prøve lovligheten av forvaltningens avgjørelser i enhver henseende.⁷

Særlig interessant er det at Norge etablerte denne tradisjonen mens vi var i union med Sverige og at systemet svenskene har med hensyn til for domstolskontroll med forvaltningsvedtak er såpass forskjellig fra vårt. Begrunnelsen for dette må nødvendigvis ligge i den lange unionstiden med Danmark, og at rettstilstanden i Norge ble videreført i den danske tradisjonen. Danmark har i likhet med Norge et system der det er de alminnelige domstolene som overprøver forvaltningsvedtak, mens overprøvingen i Sverige skjer for egne forvaltningsdomstoler.⁸

⁵ Smith (2002) s. 63

⁶ Eckhoff/Smith (2010) s. 539

⁷ Forvaltningskomiteens innstilling (1958) på s 359

⁸ NOU 2001:32 Bind A kap. 18 s. 497

2.1 Grunnlaget for domstolenes kompetanse

Domstolenes kompetanse til å prøve om et forvaltningsvedtak er i strid med lov, forskrift eller ulovfestede forvaltningsrettslige prinsipper regnes i dag for å være konstitusjonell sedvanerett.⁹ I dette begrepet ligger at prøvelsesretten har grunnlovs rang uten å fremgå uttrykkelig av grunnloven. Den kan dermed bare endres ved grunnlovsbestemmelse eller at ny konstitusjonell sedvanerett utvikler seg og dermed fortrenger den gamle. At prinsippet har grunnlovs rang kan i utgangspunktet hindre at visse lover blir lagt til forvaltningsmyndighetenes endelige vurdering, nettopp fordi grunnloven er trinnhøyere og vil ved motstrid gå foran formell lov. Grunnloven anses likevel ikke å være til hinder for at enkelte lover gir forvaltningen endelig beslutningsmyndighet. Domstolene vil uansett alltid være kompetente til å prøve et vedtaks lovlighet uavhengig av at det i utgangspunktet er forvaltningsorganet som har den endelige vurderingen etter lov.

Domstolene kan alltid foreta en full legalitetskontroll med forvaltningens vedtak. Dette innebærer først og fremst en kontroll av den bestemmelse som er lagt til grunn for vedtaket. I tillegg til at dette regnes som sikker sedvanerett er det også forutsatt i lovgivningen, se blant annet tvisteloven¹⁰ § 1-3 om at det kan reises sak om ”rettskrav”, og også kommuneloven¹¹ § 107 der en legaldefinisjon av ”lovlighetskontroll” fremgår.

2.2 Domstolenes kompetanse til å prøve forvaltningsskjønnet

Som hovedregel skal domstolene bare overprøve et vedtaks hensiktsmessighet når dette er særskilt bestemt eller kan utledes av lovgivningen. Et eksempel på dette er tvisteloven § 36-5. Etter denne bestemmelsen har domstolene kompetanse til også å prøve hensiktsmessigheten og forvaltningsskjønnet i saker om administrative tvangsvedtak i helse- og sosialsektoren.¹²

⁹ Andenæs/Fliflet (2006) s. 365 og forvaltningskomiteens innstilling (1958) på s. 368

¹⁰ Tvisteloven

¹¹ Kommuneloven

¹² Tvisteloven kapittel 36

Domstolenes kompetanse er begrenset gjennom lov, og ellers utviklet gjennom rettspraksis. Det er domstolene som skal tolke lovene, og dermed avgjøre nærmere hvor grensen mellom en lovlighetskontroll og en kontroll med hensiktsmessighet eller skjønn går. Men lovgivers ønske om å tillegge den endelige beslutningsmyndigheten til et forvaltningsorgan skal respekteres av domstolene. Domstolene skal altså ikke overprøve forvaltningsskjønnet med mindre dette fremgår av lov, eller det er slike hensyn i den aktuelle sak som gis større tyngde enn hensynene som tilsier begrenset domstolskontroll

Et eksempel hvor rettspraksis har endret rettstilstanden og domstolenes kompetanseområde, er tidligere utlendingsloven § 30.¹³ Denne bestemmelsen gir anvisning på en forholdsmessighetsvurdering, og denne vurderingen ble i tre dommer¹⁴, som alle omhandlet bestemmelsen, vurdert forskjellig av Høyesterett. I de to første dommene ble forholdsmessighetsvurderingen ansett å tilligge forvaltningen, mens i den siste dommen fant Høyesterett at denne vurderingen var noe domstolene kunne overprøve. Jeg kommer tilbake til denne dommen i kapitlet om rettspraksis..

2.3 Forholdet til EMK

Norge har forpliktet seg til å tilpasse den nasjonale retten til EMK gjennom Menneskerettsloven § 2.¹⁵ Domstolene plikter å tolke norsk rett i samsvar med de konvensjonsbestemmelser som eventuelt blir påberopt i en sak. Ved motstrid mellom EMK og nasjonalrett vil konvensjonsbestemmelsen måtte gå foran den nasjonale lovbestemmelsen, ettersom EMK er gitt forrang gjennom Menneskerettsloven § 3. EMK art. 6 kan gi en part et krav om å få avgjort en forvaltningssak gjennom en uavhengig og upartisk domstol innen rimelig tid. I en dom¹⁶ jeg skal vise til under kapitlet om rettspraksis, ble kravet i bestemmelsen om å få avgjort en forvaltningssak gjennom ”upartisk og offentlig saksbehandling innen rimelig tid” ansett å gi parten krav på en realitetsdom på tross av at dette i utgangspunktet ikke var mulig etter norsk rett.

¹³ Utlendingsloven (opphevet)

¹⁴ Rt. 1995 s. 72, Rt. 1998 s. 1795 og Rt. 2000 s. 591

¹⁵ Menneskerettsloven

¹⁶ Rt. 2009 s. 560

2.4 Resultatet av domstolskontrollen

Dersom domstolen finner at forvaltningsvedtaket er ugyldig, kan den underkjenne dette eller sette det til side. Domstolene kan ikke omgjøre vedtak de er uenige i slik klageinstansen innad i forvaltningen kan. Hvis parten har nedlagt påstand om at domstolene skal avsi dom for realitet, kan ikke domstolene gjøre dette uten videre. Dette kommer an på om lovbestemmelsen i all hovedsak har overlatt vurderingen til forvaltningens eget skjønn eller ikke.¹⁷ Misbruk eller misforståelse av egen kompetanse kan også gjøre et forvaltningsvedtak ugyldig. Vilåret for at et vedtak skal kunne regnes som ugyldig er at den aktuelle feilen har virket bestemmende på vedtakets innhold. I forarbeidene til forvaltningsloven er det uttalt om § 41 om ugyldige vedtak at det ikke kreves sikkerhet for at feilen har virket bestemmende, men feilen bør tillegges virkning dersom det er sannsynlig at den har vært av betydning.¹⁸ Dersom vedtaket blir erklært ugyldig av domstolene, blir det som regel opphevet og sendt tilbake til forvaltningen med begjæring om at nytt vedtak må fattes. Hva vedtaket skal gå ut på gir domstolene sjelden eller aldri føringer på, men ofte vil dette fremgå av domsavsigelsen og faktum i saken. Domstolene kan altså ikke sette et vedtak til side hvis de er uenige i vurderingen forvaltningsorganet har gjort, med mindre det kan påvises feil i saksbehandlingen av noe slag.

Hvorvidt domstolene er kompetente til å avsi dom for realitet, med andre ord om de kan erstatte vedtaket med nytt innhold eller stadfeste det opprinnelige, skal jeg belyse nærmere i kapittelet der jeg viser til rettspraksis.

¹⁷ Eckhoff/Smith (2010) s 546-547

¹⁸ Forvaltningsloven § 41 og Ot.prp.nr. 38 (1964-1965)

3 Rettslige grunnlag for forvaltningens skjønnsutøvelse

Det er hovedsakelig legalitetsprinsippet som setter skranker for forvaltningsmyndighetenes myndighetsutøvelse. Inngrep overfor den enkelte må ha støtte i formell lov. Dette regnes som et fundamentalt rettsprinsipp i norsk rett. Borgernes rettssikkerhet skal ivaretas av forvaltningen ved at dens inngrep er basert på korrekt regelanvendelse, og at riktige fakta og lovlig skjønnsutøvelse ligger til grunn for det endelige fattede vedtaket. I tillegg skal forvaltningens saksbehandling være forsvarlig, og forvaltningsorganet må ha hatt kompetanse til å fatte vedtaket.

3.1 Legalitetsprinsippet – kravet om lovhjemmel for inngrep i borgernes rettssfære

Selve kjernen i legalitetsprinsippet er at inngrep overfor borgerne skal ha hjemmel i lov. Borgerne skal beskyttes mot vilkårlige inngrep av statsmakten. Prinsippet kan sies å springe ut av maktfordelingsprinsippet, og dennes skille mellom den lovgivende, utøvende og den dømmende makt. De tre skal være uavhengige i relasjon til hverandre, og samtidig kontrollere hverandre. Likeledes springer legalitetsprinsippet ut av folkesuverenitetsprinsippet; at folket ved å velge sine representanter til å styre i prinsippet har gitt seg selv lovene som blir nedfelt.

Det offentlige myndighetsapparat har i moderne tid vokst betraktelig både i omfang og når det gjelder kompetanseområder. Av hensyn til arbeidsfordelingen mellom forvaltning og den utøvende makt, er forvaltningen gitt vide fullmakter til selv å utferdige forskrifter som tjener som hjemmel for å fatte vedtak og gjøre inngrep. Dette regnes på lik måte som formell lov å gi tilstrekkelig hjemmel for å foreta inngrep i borgernes rettssfære, se blant annet Rt. 1996 s. 654. På side 657 uttaler førstvoterende at det forbud som ble nedlagt enten måtte ”ha hjemmel i formell lov eller i forskrift gitt med hjemmel i formell lov.”¹⁹ En forskrift gitt av forvaltningen selv er dermed som hjemmel å regne på lik linje som hjemmel i formell lov.

¹⁹ Rt. 1996 s. 654 og Skjerdal (1998) på s. 4-5

Denne arbeidsfordelingen mellom styrende myndigheter og det offentlige forvaltningsapparat er helt nødvendig for en velfungerende stat. Regjering og Storting kan ikke alene ta hånd om det forvaltningsrettslige anliggende. Lovgivningsmyndigheten må i mange tilfeller delegeres til forvaltningen. Men igjen stiller denne arbeidsfordelingen store krav til lovgiver om at lovverket er så klart og presist utformet som mulig, selv om en lovtekst aldri kan fange opp enhver situasjon. Men nettopp fordi det er snakk om å gjøre inngrep i den enkeltes rettssfære er det viktig at det tydelig fremgår hva loven gir forvaltningen hjemmel til. Dette har både med forutberegnelighet for den enkelte borger å gjøre, og i tillegg er det viktig at det settes skranker for forvaltningens myndighetsutøvelse.

Legalitetsprinsippet er ikke lovfestet i norsk rett, men gir seg utslag i grl.²⁰ §§ 96, 99 og 102. Prinsippet har sitt utspring i "rule of law" som regnes som et felles europeisk rettsstatsprinsipp. Prinsippet fikk en annerledes utforming på kontinentet i forhold til i England, og Norge adopterte det kontinentale systemet. Dette går ut på at offentlige myndigheter bare kan gripe inn i den private sfære dersom den har hjemmel i formell lov. I England er dette kravet ikke et krav om hjemmel i parlamentslov, men at det foreligger en regel for det aktuelle inngrepet.²¹

Når det gjelder offentlig myndighetsutøvelse skiller man gjerne mellom normeringer og faktiske handlinger. Normeringer består i å fastlegge generelle rettigheter og plikter enten ved enkeltvedtak eller ved forskrift. Et vedtak fattet i forskrifts form gjelder rettigheter og plikter til et ubestemt antall eller en ubestemt krets av personer. Et enkeltvedtak gjelder derimot plikter og rettigheter til en eller flere bestemte personer.²² De faktiske handlingene til forvaltningsmyndigheter er gjerne kontroll eller tilsyn med rette vedkommende, og deretter enten å pålegge byrder eller endre vedtak.²³ Legalitetsprinsippet setter skranker både for forvaltningens normeringer og faktiske handlinger. Det kreves dermed hjemmel i lov eller hjemmel i forskrift for begge to. Dette kommer kanskje særlig på spissen for politiet som offentlig myndighetsorgan.

²⁰ Grunnloven

²¹ NOU 2004:6 punkt 5.2.1 Nærmere om legalitetsprinsippet

²² Forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav b og c

²³ Graver (2007) på s. 202-203

Et annet skille går mellom de inngrep som er så alvorlige at de krever hjemmel i formell lov, og de som er mer beskjedne. I sistnevnte tilfelle kan det være tilstrekkelig med forutsetninger i lovforarbeider, der lovgiver har tildelt et organ en kompetanse, og kravet til kompetansens kvalitet vil variere etter inngrepets karakter.²⁴

3.3 Har forvaltningen fritt skjønn?

Forvaltningen er i en rekke lover og forskrifter gitt kompetanse til å fatte vedtak - noen ganger strengt lovbundne vedtak, andre ganger et stykke på vei - basert på eget skjønn. Denne skjønnsutøvelsen kan domstolene være tilbakeholdne med å overprøve. Begrunnelsen for at domstolene er tilbakeholdne med å overprøve forvaltningskjønnet begrunnes i at lovgivende myndighet anser forvaltningsorganet bedre rustet til å fatte vedtaket, enten i form av sin faglige ekspertise på området, eller at vurderingstemaet er så vidt politisk basert eller basert på kjennskap til lokale forhold at domstolene skal være varsomme med å uttale seg om det. I tillegg gjelder dette arbeidsfordelingen mellom lovgivende og utøvende myndigheter, samt arbeidsfordeling mellom dømmende myndigheter og forvaltningsmyndigheter. Den dømmende myndighet skal holdes atskilt fra den utøvende i henhold til maktfordelingsprinsippet, og domstolene er ikke et politisk organ.

3.4 Lovbundne og diskresjonære vedtak

Først og fremst angår spørsmålet om hvorvidt forvaltningen har fritt skjønn eller ikke forskjellen mellom lovbundne og diskresjonære vedtak. I uttrykket lovbundet vedtak ligger at forvaltningen har kompetanse til å treffe et "hvis-så vedtak." Hvis de og de vilkår foreligger, så skal den og den rettsfølgen inntre. I disse tilfeller har forvaltningen plikt til å treffe vedtak slik at den aktuelle rettsfølgen inntre, gitt at vilkårene for dette er tilstede. Dette gjelder spesielt i forhold der det er snakk om å innvilge tillatelser, forby noe eller påby noe. Hvis vilkårene foreligger, så inntre rettsfølgen. Foreligger ikke vilkårene, inntre ikke rettsfølgen. Ved diskresjonære vedtak derimot er

²⁴ NOU 2004:6 punkt 5.2.1 Nærmere om legalitetsprinsippet

forvaltningen gitt kompetanse til å velge mellom flere alternativer, alt innenfor hva loven og forskrifter angir som retningslinje i det aktuelle tilfellet. Slike lovbestemmelser er gjerne utformet slik at hvis de og de vilkår foreligger, så kan forvaltningen *enten* vedta det ene alternativet, eller det andre.²⁵ Jeg kommer tilbake til diskresjonært skjønn nedenfor, men gjennomgår først det som domstolene kan overprøve i ethvert tilfelle, nemlig rettsanvendelsesskjønnet.

3.5 Rettsanvendelsesskjønn

Dette er et rent juridisk skjønn, nemlig hvordan tolke en lovregel og anvende den på faktum. Det er snakk om juridisk skjønnsutøvelse der vurderingen til forvaltningen er basert på skjønn, men skjønnsutøvelsen ligger så nært opptil ren lovanvendelse at domstolene kan overprøve dette.

Et eksempel på rettsanvendelsesskjønn er militærnektekterloven § 1 som gjelder vilkår for å frita fra verneplikt: ”Er det grunn til å gå ut fra at en vernepliktig ikke kan gjøre militærtjeneste av noen art uten å komme i konflikt med sin alvorlige overbevisning, herunder at han derved tvinges til å bryte verdier som for han er av fundamental betydning og som er knyttet til bruk av masseødelegglesesvåpen slik de kan påregnes brukt i dagens forsvar, fritas han for slik tjeneste i samsvar med reglene i denne lov. Som vernepliktig regnes etter denne lov også utskrivningspliktig og heimevernspliktig.”²⁶

Hva som skal regnes som ”alvorlig overbevisning” og ”fundamental betydning” hører til forvaltningens skjønnsutøvelse, men dette er et såkalt rettsanvendelsesskjønn som kan overprøves av domstolene. I dette lovstilfellet plikter forvaltningen å behandle de søknader som kommer inn og å innvilge de søknader der vilkårene er oppfylt for dette.²⁷

²⁵ Eckhoff/Smith (2010) s. 392 – 394, Boe (1993) s. 677- 680

²⁶ Militærnektekterloven

²⁷ Eckhoff/Smith (2010) s. 397 og Frode Innjord JV 1996 s. 161 punkt 1.2

Et annet eksempel på rettsanvendelsesskjønn er å finne i rettspraksis.²⁸ Saken gjaldt avskjed fra tjenestemannsstilling, og hvorvidt vedtaket om avskjed var gyldig eller ikke etter tjenestemannsloven § 15 første ledd bokstav b. Bestemmelsen lyder som følger:

”En embets- eller tjenestemann kan avskjediges når vedkommende:

- a. har vist grov uforstand i tjenesten eller grovt har krenket sine tjenesteplikter eller trass i skriftlig advarsel eller irettesettelse gjentatt har krenket sine tjenesteplikter,
- b. ved utilbørlig atferd i eller utenfor tjenesten viser seg uverdigg til sin stilling eller bryter ned den aktelse eller tillit som er nødvendig for stillingen.

Bestemmelsen i denne paragraf begrenser ikke adgangen til å fradømme en embets- eller tjenestemann stillingen som straff i medhold av straffelovgivningens regler.”²⁹

På dommens s. 669 uttaler førstvoterende at vedtaket må prøves ut fra situasjonen som forelå da vedtaket ble truffet av Forsvarsdepartementet, og at dets lovlighet skal prøves. I det at lovligheten skal prøves ligger det at domstolene foretar en prøvelse av om tjml. § 15 første ledd bokstav b hjemler det vedtaket som ble fattet. Domstolene prøver forvaltningens lovanvendelse og subsumsjon, det vil si regelen anvendt på faktum. Domstolene prøver i dette tilfellet ikke om et slikt vedtak *burde* ha vært benyttet dersom vilkårene for å fatte vedtaket forelå: ”Domstolene kan ikke prøve spørsmålet om avskjedsadgangen burde ha vært brukt, hvis det først er på det rene at lovens vilkår for avskjed er oppfylt.”³⁰ Forvaltningsorganets kompetanse til å fatte vedtak blir altså ikke prøvet, kun regelanvendelsen og subsumsjonen. De skjønnsmessige vurderingstemaene ”utilbørlig atferd”, ”aktelse” og ”tillit” i bestemmelsen ble vurdert som rettsanvendelsesskjønn, og ikke såkalt diskresjonært skjønn, som domstolene ikke kan prøve. Men dette er grenser som domstolene i det enkelte tilfelle drar opp selv hvis ikke forarbeider eller lov gir noen annen føring.

²⁸ Rt. 1988 s. 664

²⁹ Tjenestemannsloven

³⁰ Rt. 1988 s. 664 på s. 669 - 671

3.6 Diskresjonært skjønn

Dette er skjønn som ”i vesentlig grad må basere seg på en ganske åpen avveining av motstående reelle hensyn, og hvor det er klart at politiske eller andre allmenne verdimessige standpunkter vil spille en dominerende rolle.”³¹ Spesielt i de lovstiltfeller der politiske hensyn eller faglig- eller lokalkunnskap gjør seg gjeldende ønsker lovgiver å gi forvaltningen vurderingsmyndighet, nettopp fordi dette er felt der domstolene ikke nødvendigvis har samme innsikt og erfaring som forvaltningen.

Diskresjonært skjønn er kompetanse tildelt forvaltningsmyndighetene enten i lov eller i forskrift. Skjønnsutøvelsen må skje i henhold til de rammer som loven, forskriften, instruks fra overordnet forvaltningsorgan eller etablert forvaltningspraksis setter. Som regel setter lovbestemmelsen visse rammer for hvilke alternativer forvaltningen har å vedta etter. Kompetansen er kombinert med frihet til å velge mellom flere alternativer. Hvis kompetansen er kombinert med frihet fremtrer dette som oftest i lovteksten som at forvaltningen kan velge mellom minst to alternativer.

Et eksempel på en ”kan-bestemmelse” er plan- og bygningsloven § 13-1 første ledd, der kommunen eller vedkommende myndighet *kan* bestemme at ”oppretting og endring av eiendom”....ikke kan settes i gang før planspørsmålet er endelig avgjort.”³² Når forvaltningen er tildelt ”kan-kompetansen” foreligger ingen plikt til å bruke denne. Forvaltningen er gitt kompetanse og frihet. Andre ganger kan det foreligge plikt i tillegg til kompetansetildelingen. I relasjon til ovennevnte bestemmelse vil planmyndighetene nødvendigvis måtte avgjøre en søknad om nettopp å opprette en eiendom hvis de nærmere vilkår for dette foreligger. Hvis en søknad er mottatt, må denne behandles, se plbl. § 12-15 siste punktum³³, der det fremgår at søknad om byggetillatelse og avgjørelse av plansaken skal fattes i egne vedtak. Etter denne bestemmelsen har forvaltningsmyndigheten både kompetanse og plikt til å avgjøre en søknad om byggetillatelse, men forvaltningsmyndigheten har derimot ingen plikt til å *innvilge* søknaden. Dette er frihetssiden av ”kan-skjønn.”

³¹ Bernt/Rasmussen (2003) på s. 79

³² Plan- og bygningsloven

³³ Plan- og bygningsloven

Et eksempel på en bestemmelse som ble ansett å gi forvaltningen nærmest helt fritt skjønn, det vil si at kommunen er gitt både kompetanse og frihet til å skjønne fritt, er den tidligere plan – og bygningsloven § 7³⁴ om dispensasjon. Bestemmelsens første ledd lyder som følger: ”Når særlige grunner foreligger, kan kommunen dersom ikke annet er fastsatt i vedkommende bestemmelse, etter søknad gi varig eller midlertidig dispensasjon fra bestemmelser i denne lov, vedtekt eller forskrift.” Det skjønnsmessige vurderingstemaet ”særlige grunner” ble behandlet av Høyesterett i den såkalte Trallfaddommen i **Rt. 2007 s. 257**. Høyesterett fant enstemmig at dette vurderingstemaet lå innenfor forvaltningens frie skjønnsutøvelse, og at det ikke hørte til forvaltningens rettsanvendelse. Førstvoterendes uttalelser belyser godt skillet mellom rettsanvendelsesskjønn og det frie forvaltningsskjønnet:

” Er « særlige grunner » et rettsanvendelsestema, prøver domstolene både lovtolkningen og subsumsjonen. Dersom spørsmålene knyttet til « særlige grunner » ses som del av forvaltningens frie skjønn, er utgangspunktet for domstolkrollen et annet. Her smelter avgjørelsen av hvilke særlige grunner som bør tas i betraktning og « kan »-skjønn i § 7 sammen. Forvaltningen avgjør da ut fra relevante og saklige grunner hva som er rimelig i det enkelte tilfellet. Men også dette frie skjønn er gjenstand for en viss domstolkroll. Det følger av rettspraksis. Hva som er relevante og saklige grunner etter hjemmelsloven, beror på en lovtolkning og kan etterprøves av domstolene. Det samme gjelder om avgjørelsen bygger på forskjellsbehandling, er vilkårlig eller er sterkt urimelig.”³⁵

Det som dermed alltid kan prøves, selv om skjønn i utgangspunktet er ”fritt”, er om det foreligger misbruk av tildelt kompetanse i form av forskjellsbehandling, om det er tatt utenforliggende hensyn, eller om avgjørelsen er vilkårlig tatt eller fremtrer som sterkt urimelig. Dette vil alltid kunne overprøves, men det er altså selve vurderingen som ligger til grunn for vedtaket som ikke kan angripes av domstolene, vel å merke hvis det er snakk om en diskresjonær tildelt kompetanse som skal være fri.

³⁴ Plan- og bygningsloven (opphevet)

³⁵ Rt. 2007 s. 257 i avsnitt 36

Hvorvidt det skal gis dispensasjon etter § 7 eller ikke prøves ikke av domstolene, så lenge de ser at forvaltningen har basert sitt avgjørelse på riktig fakta, tolket loven korrekt og subsumert fakta under lovregelen.

Høyesterett fant, med støtte i blant annet forarbeider³⁶ og en underrettsdom³⁷ at ”særlige grunner” er et svært politisk ladet begrep og har en langt større tilknytning til en ”planfaglig forvaltningsoppgave” enn det er rettslige rammer som setter rammene for skjønnet.³⁸ Førstvoterende uttaler videre at det ikke er gitt at § 7 alltid vil være unntatt fra domstolsprøvelse, men at forholdene i denne saken og de politiske og planfaglige forvaltningsoppgavene i dette tilfellet tilsa at forvaltningen kunne gis fritt skjønn. ” *Det kan spørres om rettssikkerhetshensyn taler for at fastleggingen av « særlige grunner » bør anses som rettsanvendelse med den mer intensive domstolsprøvelse som da kan finne sted. Langt på vei vil dette spørsmålet kunne besvares ut fra de momenter som allerede er trukket frem. Når generelle kriterier kombineres med faglige og politiske vurderinger, vil domstolkontrollen reelt sett måtte konsentrere seg om de hensyn som er tatt, ligger innenfor det loven tillater – med andre ord om de er relevante og anvendt på en saklig, ikke-diskriminerende måte. Men så langt går også kontrollen med forvaltningens frie skjønn, jf. hva jeg tidligere har sagt om dette. Det utelukker likevel ikke at skjønnet i andre typer saker hvor det er spørsmål om dispensasjon etter plan- og bygningsloven § 7, vil kunne være mindre preget av bygningsfaglige og politiske vurderinger og mer være av juridisk eller moralsk art. I en slik situasjon vil rettssikkerhetsgrunner kunne tilsi en mer intensiv domstolkontroll. Vår sak gir ikke utgangspunkt for å vurdere dette videre*”³⁹ Det ble altså ikke uttalt en generell adgang for forvaltningen til alltid å kunne utøve fritt skjønn etter plbl. § 7 første ledd første ledd, men i dette tilfellet ble det konstatert at fylkesmannens vurdering om å nekte dispensasjon var unntatt fra domstolsprøving. Høyesterett nevner også at for vedtak som er mer preget av juridiske og moralske spørsmål lettere vil kunne bli gjenstand for domstolskontroll, og at ”særlige grunner” i slike tilfeller lettere blir å anse som et rettsanvendelsesskjønn og ikke et diskresjonært skjønnstema. Grensene ligger dermed

³⁶ Ot.prp. nr. 56 (1984-1985) s. 101

³⁷ RG 2004 1176

³⁸ Rt. 2007 s. 257 i avsnitt 42

³⁹ Rt. 2007 s. 257 i avsnitt 44

ikke fast, men må vurderes fra sak til sak og alt etter hvilke hensyn som gjør seg gjeldende med størst kraft.

Tidligere plan- og bygningsloven § 7 er nå opphevet i forbindelse med ny lov i kraft fra 01.07.2009. Det nye kapitlet som tar for seg adgangen til å dispensere fra byggeforbud o.l., er det foreløpig ikke avsagt noen avgjørelser om, og bestemmelsen er også annerledes utformet sammenlignet med tidligere plbl. § 7. Begrepet ”særlige grunner” er borte, og det henvises nå til lovens formål, at fordelene ved å innvilge dispensasjon må være klart større enn ulempene, dispensasjonens konsekvenser for helse, miljø og sikkerhet, samt hensynet til statlige og regionale rammer og mål.⁴⁰ I forarbeidene til den nye plan- og bygningsloven⁴¹ fremgår det at vilkåret om særlige grunner er erstattet av ”en mer detaljert angivelse som klargjør og strammer inn dispensasjonsadgangen.”⁴² Etter den nye bestemmelsen må det foreligge klar overvekt av de hensyn som taler for dispensasjonsadgang, mens det i relasjon til tidligere § 7 var tilstrekkelig med alminnelig interesseovervekt. Vilåårene for dispensasjon er dermed blitt strengere, selv om ”særlige grunner” ikke er videreført. Det er mulig at ”særlige grunner” har blitt ansett uheldig å videreføre, nettopp fordi det er slikt et skjønnspreget tema som både for domstoler og for forvaltningen er vanskelig å trekke opp grensene for. Forarbeidene forklarer ikke nærmere hvorfor ”særlige grunner” er blitt utelatt i den nye loven. Den nye bestemmelsen inneholder bare et krav om at enhver søknad skal grunngis, og dette poengteres også ekstra i forarbeidene. Men det er interessant å merke seg at det helt tydelig fremgår at vurderingen forvaltningen foretar når det gjelder dispensasjon, skal regnes som rettsanvendelsesskjønn som domstolene dermed kan prøve fullt ut.⁴³ I forarbeidene til den gamle loven var dette ikke uttalt.⁴⁴

⁴⁰ Plan- og bygningsloven § 19-2

⁴¹ Ot.prp.nr.32 (2007-2008)

⁴² Ot.prp.nr.32 (2007-2008) på s. 242

⁴³ Ot.prp.nr.32 (2007-2008) på s. 242

⁴⁴ Ot.prp.nr.56 (1984-1985) på s. 101-102

4 Domstolskontroll med diskresjonære forvaltningsvedtak – eksempler fra Høyesterett

Jeg vil i det følgende gå inn på rettspraksis for nærmere å belyse hvor grensene for domstolskontrollen med diskresjonære forvaltningsvedtak går.

En av de viktigste dommene i norsk rett når det gjelder domstolenes adgang til å overprøve forvaltningsvedtak og hvor grensene for kontrollen går, er **Rt. 1995 s.1427 – Naturfredningsdommen**. Saken dreide seg om et fredningsvedtak fattet etter den tidligere naturvernloven⁴⁵ § 8: ”Område som har urørt, eller tilnærmet urørt natur eller utgjør spesiell naturtype og som har særskilt vitenskapelig eller pedagogisk betydning eller som skiller seg ut ved sin egenart, kan fredes som naturreservat. Et område kan totalfredes eller fredes for bestemte formål som skogreservat, myrreservat, fuglereservat eller liknende.” Denne bestemmelsen om fredning av et område, kombinert med loven § 22 som etter første ledd gir Kongen kompetanse til å ”forby enhver ferdsel” under gitte vilkår, utgjør en mulighet for forvaltningen til å vedta et svært inngripende tiltak overfor den eller de det gjelder.

Spørsmålet for Høyesterett var hvorvidt naturvernloven § 8 ga tilstrekkelig hjemmel for fredningsvedtaket, og om domstolene i så fall kan overprøve forvaltningens vurdering; med andre ord forvaltningens skjønnsvurdering.

Av førstvoterende ble det uttalt at ”det under enhver omstendighet vil bero på et skjønn om en eventuell fredningsadgang skal benyttes, og at dette skjønn ikke kan overprøves.”⁴⁶ Både førstvoterende, annenvoterende og tredjevoterende tolker loven ut i fra dens ordlyd først, men deler seg noe når det gjelder domstolenes prøvelsesrett. Annenvoterende fremhever at de to vilkårene i naturvernloven § 8 som var aktuelle i denne saken, ”spesiell naturtype” og ”skiller seg ut ved sin egenart”, er to svært skjønnsmessige vurderingstemaer som er av utpreget naturfaglig karakter, noe som domstolene er lite egnet til å overprøve. Etter annenvoterendes mening var det derfor ikke anledning til å overprøve annet enn lovtolkningen, og om forvaltningen hadde

⁴⁵ Naturvernloven (opphevet)

⁴⁶ Rt. 1995 s. 1427 på s. 1431

opptrådt korrekt med hensyn til saksbehandlingen.⁴⁷ Første og tredjevoterende var uenige i dette. Førstvoterende uttalte på s. 1433 det som siden er blitt stående som det mest kjente fra dommen, nemlig følgende:

”Det er i dag er et alminnelig prinsipp i forvaltningsretten at domstolene kan prøve ikke bare lovtolkingen, men også subsumsjonen ved anvendelsen av lover som gjør inngrep overfor den enkelte. Dette anses som en viktig del av rettssikkerheten. Selv om det er unntak fra denne hovedregel, må de særskilt begrunnes. ” Førstvoterende reserverer seg likevel når det gjelder det faglige skjønn bak et fredningsvedtak, og uttaler at domstolene bør være tilbakeholdne med å fravike dette.

Tredjevoterende var i det vesentlige enig med førstvoterende, og kommenterte til annenvoterende at vilkår som er oppstilt i en lovbestemmelse som i naturvernloven § 8, må være gjenstand for domstolskontroll og ikke bare fungere som en retningslinje for forvaltningens skjønnsutøvelse. Hvis ikke de er gjenstand for domstolskontroll, må det gjøres særskilt unntak fra denne hovedregelen.⁴⁸ Flertallet støttet seg til tredjevoterendes begrunnelser, og det som dermed ble stående etter denne dommen er at domstolene ved så vidt inngripende tiltak som dette kan overprøve både forvaltningens rettsanvendelse og subsumsjon, og at unntak fra dette må særskilt begrunnes.

Skjønnspregede vilkår er dermed gjenstand for domstolskontroll i form av lovtolking og subsumsjon, men selve vurderingen som ligger til grunn for vedtaket kan ikke overprøves. Høyesterett slo enstemmig fast at vilkårene for fredning var tilstede, og da har forvaltningen kompetanse til enten å frede eller ikke å frede et område. Hvorvidt forvaltningen bruker sin kompetanse til enten å frede eller ikke å frede, skal ikke overprøves av domstolene. Derimot at forvaltningsmyndigheten har tolket loven korrekt, at de skjønnsmessige vilkårene i bestemmelsen er tolket på riktig måte, og at riktig fakta er subsumert under lovteksten, er gjenstand for domstolskontroll. Forvaltningen etterprøves dermed ikke på hvorvidt den har plikt til å benytte kompetansen eller ikke i et lovstilfelle som dette her. En slik plikt for forvaltningen til å foreta seg noe hvis vilkårene foreligger, må tradisjonelt sett fremgå klart av lovteksten⁴⁹

⁴⁷ Rt. 1995 s. 1427 på s. 1435

⁴⁸ Rt. 1995 s. 1427 på s. 1436

⁴⁹ Eckhoff/Smith (2010) s. 394

Utvisningsdom 1 (Rt. 1995 s. 72), Utvisningsdom 2 (Rt. 1998 s. 1795) og Utvisningsdom 3 (Rt. 2000 s. 591). Forholdsmessighetsvurderingen

Disse tre sakene angår alle det skjønnsmessige vurderingstemaet "uforholdsmessig tiltak" i den tidligere utlendingsloven § 30 tredje ledd som lyder som følger: "Utvisning etter andre ledd bokstav b eller c besluttes ikke dersom det i betraktning av forholdets alvor og utlendingens tilknytning til riket vil være et uforholdsmessig tiltak overfor utlendingen selv eller de nærmeste familiemedlemmene."⁵⁰ I den første dommen går Høyesterett nøyte inn i forarbeidene og trekker opp grensene for domstolskontrollen med dette skjønnsmessige vurderingstemaet "uforholdsmessig tiltak." Det ble i forarbeidene⁵¹ til den tidligere utlendingsloven og denne bestemmelsen fremsatt et flertallsforslag om at klager over visse vedtak skulle kunne bringes inn direkte for domstolene istedenfor å overprøves administrativt, og at retten skulle prøve alle sider av saken, også det skjønnsmessige på lik linje med det et overordnet forvaltningsorgan ville ha gjort.⁵² Forslaget ble likevel ikke etterfulgt av departementet, som fremhevet det politiske aspektet som uheldig at domstolene skulle blande seg inn i, og at det i realiteten ville kunne føre til at domstolenes vedtak blir overprøvet av forvaltningsorganer, som igjen kan sette domstolenes anseelse i fare.⁵³ Høyesterett kom dermed til at den skjønnsvurderingen i relasjon til "uforholdsmessig tiltak" som ligger til grunn for vedtaket ikke kunne overprøves. "Uforholdsmessig tiltak" i utlendingsloven § 30 tredje ledd ga anvisning på et fritt skjønn med begrenset domstolskontroll. Høyesterett gikk deretter inn i en drøftelse om hvorvidt det forelå saksbehandlingsfeil som kunne gjøre vedtaket ugyldig, noe ble konstatert at ikke forelå. Vedtaket ble dermed stående.

I Utvisningsdom 2 (**Rt. 1998 s. 1795**), var samme bestemmelse oppe for domstolene, men Høyesterett fravek her sine uttalelser i den første dommen når det gjaldt hva som er unntatt domstolskontroll. Utlendingsloven § 30 ledd og § 4 ble tolket i samsvar med EMK art. 3 og 8, og Høyesterett fant at forvaltningsorganer må kunne sies å ha en vid skjønnsmargin i utvisningssaker lik den EMD gir medlemsstatene. Førstvoterende

⁵⁰ Utlendingsloven (opphevet)

⁵¹ Ot.prp. nr. 46 (1986-1987)

⁵² Ot.prp. nr. 46 (1986-1987) på s. 147 punkt 6.4-6.4.1.1

⁵³ Ot.prp. nr. 46 (1986-1987) på s. 150-152 og Rt. 1995 s. 72 s. 77-79

uttalte at de beste grunner talte for å anse den forholdsmessighetsvurderingen som utl. §§ 29 andre ledd og 30 tredje ledd gir anvisning på som et rettsanvendelsesskjønn som domstolene kan overprøve.⁵⁴ Denne overprøvingsadgangen begrunnes både i forholdet til EMK og tidligere rettspraksis. Førstvoterende viser til Rt. 1996 s. 551 og det som ble uttalt der i relasjon til EMK artikkel 8, og at dette senere er tilsluttet i andre dommer. Førstvoterende viser også til Jørgen Aalls artikkel fra TfR 1998-1 på s. 139-140, der det uttales at ved tolkingen av hvorvidt det er et "uforholdsmessig tiltak" eller ikke, at avveiningen både av det strafferettslige etter utl. § 29 andre ledd og forholdsmessighetskriteriet etter § 30 tredje ledd, er av typisk rettslig og ikke politisk karakter, og dermed igjen egnet for domstolsbehandling. Likevel uttaler Høyesterett at selve vurderingen som ligger til grunn for vedtaket, skjønnsutøvelsen, ikke kan overprøves av domstolene:

*"Om man legger til grunn at domstolene kan overprøve forholdsmessighetsvurderingen etter utlendingsloven § 29 annet ledd og § 30 tredje ledd, innebærer ikke det at utvisningsvedtak kan overprøves fullt ut. Det domstolene kan prøve, er om utvisning i betraktning av forholdets alvor og utlendingens tilknytning til riket vil være et uforholdsmessig tiltak overfor utlendingen selv eller de nærmeste familiemedlemmene. Den konkrete vurdering av hvorvidt utlendingen i tilfeller hvor utvisningen ikke fremstår som et uforholdsmessig tiltak, skal utvises, må høre under forvaltningens frie skjønn."*⁵⁵

I utvisningsdom 3 (**Rt. 2000 s. 591**) fraviker Høyesterett igjen de to første dommene ved å etablere en gang for alle at forholdsmessighetsvurderingen etter utl. § 30 tredje ledd kan prøves fullt ut av domstolene, slik at det ikke skal vises tilbakeholdenhet overfor det forvaltningsrettslige skjønn. Flertallet uttaler at EMK og art. 8 nr. 2, som gir statene en skjønnsmargin ved avgjørelsen av den enkelte sak, ikke får anvendelse på nasjonale domstolars muligheter til å overprøve det rettsanvendelsesskjønn som er utvist etter utl. § 30 tredje ledd. Skjønnsmarginen kan dermed ikke begrense domstolenes prøvelsesrett.

⁵⁴ Rt. 1998 s. 1795 på s. 1803

⁵⁰ Rt. 1998 s. 1795 på s. 1803 nederst

⁵¹ Rt. 2000 s. 591 på s. 599 - 602

Førstvoterende tolket nevnte bestemmelse også i tråd med EMK art. 8 nr. 2 for å fastlegge nærmere hva som ligger i uforholdsmessig tiltak, og hvor alvorlig det straffbare forholdet i saken er. I dette tilfellet regnet flertallet de straffbare forholdene som svært alvorlige, og at det ved slike tilfeller vil svært sjeldent anses uforholdsmessig etter loven å utvise vedkommende, selv om det i dette tilfellet medførte en betydelig belastning for familien at vedkommende ble utvist. Det strafferettslige momentet veide altså tyngre enn hensynet til familien i dette tilfellet.⁵⁶

Mindretallet, ved tredjevoterende, mener derimot at domstolene ikke er så godt egnet som forvaltningsmyndighetene til å vurdere hvorvidt utvisning er uforholdsmessig eller ikke, fordi dette ikke er av rettslig karakter. Tredjevoterende reserverer seg mot uttalelsene i utvisningsdom 2, om at dette er et rettslig tema: *”For meg står det snarere slik at det i det vurderingstema loven gir anvisning på ligger elementer som ikke kan sies å være av rettslig karakter, og som domstolene etter mitt syn heller ikke er godt egnet til å ta stilling til.”*⁵⁷ Det er altså uenighet i Høyesterett om hvor langt domstolskontrollen med slike vedtak skal gå.

Flertallet tok avstand fra statens anførsel om at forvaltningsmyndighetene i slike saker kan påberope seg en tilsvarende skjønnsmargin som nasjonalstatene har etter EMK, og tolket utl. § 30 tredje ledd vidt forskjellig i denne avgjørelsen sammenlignet med utvisningsdom 1. Begrunnet i rettspraksis etter utvisningsdom 1, blir denne bestemmelsen tolket dithen at forholdsmessighetsvurderingen ikke er underlagt forvaltningens frie skjønn, men er et rettsanvendelsesskjønn som kan overprøves av domstolene. Kriminal- og utlendingspolitiske hensyn ble ikke ansett å begrense at dette er noe som tilligger domstolene å prøve fullt ut.⁵⁸

De tre sakene viser at Høyesterett har utviklet rettstilstanden på dette rettsområdet. Fra ikke å overprøve forvaltningens skjønnsutøvelse knyttet til ”uforholdsmessig tiltak” i utvisningsdom 1, til å uttale at subsumsjonen under vilkåret kunne prøves, likevel med

⁵⁷ Rt. 2000 s. 591 på s. 603

⁵⁸ Rt. 2000 s. 591 på s. 596 - 597

en viss tilbakeholdenhet i utvisningsdom 2, til i utvisningsdom 3 å uttale at det ikke skal vises tilbakeholdenhet ved prøvingen av vilkåret om uforholdsmessig tiltak i § 30 tredje ledd. Videre ble det avklart i utvisningsdom 3 at ingen skjønnsmargin kan legges inn i domstolskontrollen på grunnlag av norske regler der forvaltningsskjønnet er gjenstand for full prøving. Forskjeller i faktum i utvisningsdom 1 og 3 kan også forklare hvorfor forholdsmessighetsvurderingen ble ansett så ulikt i disse to dommene. Det var snakk om alvorligere strafferettslige forhold i utvisningsdom 1, og i teorien⁵⁹ er det hevdet at hensynet til rimelighet kan ha betydning for hvorvidt et vurderingstema anses underlagt forvaltningens frie skjønn eller kan overprøves fullt ut. Dersom domstolen finner at vedtaket er rimelig, vil dette lettere regnes som underlagt forvaltningens frie skjønn. Omvendt dersom retten finner at vedtaket er urimelig. I så fall er det lettere for retten å se forvaltningens konkrete vurdering som et rettsanvendelsesskjønn med full domstolskontroll.

Forholdsmessighetsvurderingen i utvisningsdom 3 og dennes drøftelse i relasjon til tolkingen av utl. §§ 29 og 30 tredje ledd, er senere fulgt opp i Rt. 2005 s. 229, Rt. 2007 s. 667, Rt. 2009 s. 705 og Rt. 2009 s. 1432. I alle disse dommene underlegges forholdsmessighetsvurderingen full domstolskontroll når det gjelder det skjønn som er utvist fra forvaltningens side.⁶⁰

I **Rt. 2007 s. 1573** uttaler Høyesterett seg generelt om domstolenes prøvelsesrett. Høyesterett vurderte gyldigheten av et vedtak fattet etter den tidligere utlendingsloven⁶¹ § 30 andre ledd bokstav a der forvaltningen skal vurdere om utvisning er nødvendig av hensyn til rikets sikkerhet. Bestemmelsen lød som følger:

”Utlending som er født i riket og som senere uavbrutt har hatt fast bopel her, kan ikke bortvises eller utvises.

⁵⁹ Eckhoff/Smith (2010) s. 404

⁶⁰ Rt. 2005 s. 229 avsnitt 34, Rt. 2007 s. 667 avsnitt 34, Rt. 2009 s. 705 avsnitt 63 og 66, Rt. 2009 s. 1432 avsnitt 25

⁶¹ Utlendingsloven

”Utlending som fyller kravene til å få bosettingstillatelse, kan bare bortvises eller utvises

- a) når hensynet til rikets sikkerhet gjør det nødvendig, jf. § 29 første ledd bokstav d.”

Av sistnevnte bestemmelse står det ”når hensynet til rikets sikkerhet gjør det nødvendig.”

Utlendingsnemndas bevisvurdering og rettsanvendelse vedrørende ”trussel mot rikets sikkerhet” fant Høyesterett at kunne overprøves. Derimot hvorvidt utvisning var en nødvendig reaksjon fant Høyesterett at ikke kunne prøves av domstolene. UNEs skjønnsutøvelse ble altså ikke prøvet. Høyesterett uttaler i dommen at både tingretten og lagmannsretten vurderte feil da de mente at Utlendingsnemndas konkrete lovanvendelse ikke kunne prøves. Lagmannsretten viste i sin begrunnelse blant annet til at ”rikets sikkerhet” er et skjønnsmessig vurderingstema og at politiske avveininger står sentralt ved vurderingen, som igjen domstolene skal være forsiktige med å foreta prøving av, nettopp fordi de ikke er et politisk organ. Førstvoterende i Høyesterett fremhever derimot at ved et slikt inngrep som en utvisningsdom er for den enkelte, er det svært viktig ”at domstolene kan prøve forvaltningens sumbsumsjon.”⁶² Det fremheves deretter at fra dette prinsippet må det gjøres unntak, blant annet når det er snakk om utpregede skjønnsmessige vurderingstemaer, eller der vedtaket er fattet på bakgrunn av en faglig ekspertise på et område domstolene ikke har den nødvendige innsikten i. Disse prinsipper ble slått uttrykkelig fast i Naturfredningsdommen⁶³, og uttalelsene i denne dommen er siden blitt stående som en retningslinje for hvor domstolene viker tilbake med hensyn til overprøvingen. Det er unntakene som skal begrunnes, ikke domstolenes prøvingsrett ved inngripende vedtak overfor borgerne.

Førstvoterende uttaler videre at vurderingen i denne saken faller i to deler, nemlig hvorvidt rikets sikkerhet er truet, og hvorvidt det er en nødvendig reaksjon å utvise

⁶² Rt. 2007 s. 1573 avsnitt 52

⁶³ Rt. 1995 s. 1427 på s. 1433

vedkommende hvis vilkåret om at rikets sikkerhet er truet er oppfylt. Det første kan prøves fullt ut av domstolene, det vil si bevisvurderingen og rettsanvendelsen. Derimot kan ikke domstolene prøve den reaksjonsmåte forvaltningen benytter seg av, med mindre det kan være tale om myndighetsmisbruk, med andre ord misbruk av den tildelte kompetansen og at det tas utenforliggende hensyn. Så lenge domstolene finner at forvaltningsorganet ikke har gått utenfor sin kompetanse, vil den konkrete vurderingen som foretas etter rettsanvendelse og bevisvurdering ikke overprøves av domstolene. Høyesterett fant at både bevisvurderingen og rettsanvendelsen var innenfor den tildelte kompetanse, og at det ikke forelå myndighetsmisbruk. Dermed ble utvisningsvedtaket stående.⁶⁴ Vilkaåret om ”nødvendig” ble ansett å tilligge forvaltningens vurdering, også fordi forvaltningen i bestemmelsen er gitt diskresjonært skjønn til å fatte vedtak om utvisning eller ikke. Utlendingen ”kan” utvises dersom vilkårene er oppfylt. Dette ”kan skjønnnet” ville det etter Høyesteretts mening ikke bli mye igjen av hvis det blir overprøvet av domstolene.⁶⁵

I **Rt. 2010 s. 376** var spørsmålet for Høyesterett hvorvidt et vedtak om å tilbakekalle et drosjeløyve var gyldig eller ikke i henhold til yrkestransportloven § 29 første ledd:

” Løyvestyresmakta kan kalle tilbake løyve når løyvehavaren ikkje fyller dei krava som er sette i forskrifter og vilkår, eller ikkje rettar seg etter forskrifter og vilkår som gjeld for å drive verksemda.”⁶⁶

Høyesterett fant at i denne saken hadde ikke klagenemnda foretatt en skjønnsutøving, men bare funnet at vedkommende hadde gjort seg skyldig i en ”alvorlig lovovertrødelse”⁶⁷ og dermed fratatt løyvet uten å foreta den nødvendige vurderingen av om sjåføren burde fratas løyvet. Forvaltningen er i denne bestemmelsen utstyrt med diskresjonær avgjøringsmyndighet ved ordet ”kan”. Løyvet *kan* kalles tilbake, men dette betinger at det er foretatt en vurdering av om lovens vilkår er oppfylt, og deretter også om løyvet skal tilbakekalles. Av rettsikkerhetshensyn mente Høyesterett at

⁶⁴ Rt. 2007 s. 1573 avsnitt 55 - 78

⁶⁵ Rt. 2007 s. 1573 avsnitt 59

⁶⁶ Yrkestransportloven

⁶⁷ Se yrkestransportforskriften § 6 andre ledd bokstav b og dommen avsnitt 32.

forvaltningsorganet bør foreta en vurdering av hvorvidt et gode skal tilbakekalles eller ikke i tillegg til å konstatere at lovens vilkår er oppfylt, nettopp fordi det er snakk om å tilbakekalle et gode som allerede er gitt. Det ble i klagenemndas vedtak kun konstatert at sjåføren hadde gjort seg skyldig i et lovbrudd som dermed ikke kvalifiserte til god vandel i henhold til yrkestransportforskriften, ikke hvorvidt løyvet *burde* kalles tilbake. Førstvoterende uttaler at domstolenes prøvingsadgang omfatter rettsanvendelsen så vel som forvaltningens subsumsjon, og viser til både naturfredningsdommen og Rt. 2007 s. 1573. Det uttales videre at ikke selve skjønnet kan prøves, men at domstolene kan etterprøve hvorvidt forvaltningen i sin saksbehandling faktisk har foretatt en skjønnsutøvelse. Dersom dette ikke er gjort, som Høyesterett fant at var tilfelle i denne saken, kan vedtaket bli erklært ugyldig og sendt tilbake for ny behandling.⁶⁸

I dommens avsnitt 45 uttaler førstvoterende at domstolene kan prøve hvorvidt forvaltningsorganet har foretatt en skjønnsavveining eller ikke i forkant av det endelige vedtaket. Hva organet er kommet til er ikke gjenstand for prøving, men hvorvidt det har utøvet skjønn eller ikke, kan etterprøves av domstolene. Dette betyr at i et tilfelle som dette, der den aktuelle lovbestemmelsen støttes av en forskrift som ikke er utpreget skjønnsbetont og heller ikke utbredt faglig karakter, kan domstolene prøve om forvaltningen har brukt sin kompetanse. I dommens avsnitt 41 uttaler førstvoterende at domstolene kan prøve forvaltningens saksbehandling, om det er foretatt et skjønn,” og om dette i tilfelle er sterkt urimelig”⁶⁹

Rt. 1991 s. 586 – Sur place flyktningbegrepsdommen

Spørsmålet for Høyesterett var her om Utlendingsmyndighetene hadde lagt til grunn feil forståelse av flyktningebegrepet i tidligere fremmedlov § 2⁷⁰, og dermed feilaktig fattet utvisningsvedtak overfor vedkommende. Som i de foregående dommene var spørsmålet hvorvidt tolkingen av lovbestemmelsen lå innenfor en ”fri” skjønnsutøvelse eller om det kunne overprøves av domstolene. Bestemmelsen i den tidligere fremmedloven lyder som følger:

⁶⁸ Rt. 2010 s. 376 avsnitt 29-51

⁶⁹ Rt. 2010 s. 376 avsnitt 41

⁷⁰ Fremmedloven (opphevet)

”Politisk flyktning skal med mindre særlige grunner taler mot det, gis fristed (asyl) i riket dersom han søker om det.

Som politisk flyktning ansees i denne lov utlending som i sitt hjemland med rette frykter for politisk forfølgelse. Med politisk forfølgelse forstås at noen på grunn av rase, religion, nasjonalitet, politisk oppfatning, medlemskap i en spesiell sosial gruppe eller av andre politiske grunner utsettes for forfølgelse som retter seg mot hans liv eller frihet eller for øvrig er av alvorlig art, og likedan at noen på grunn av begått politisk forbrytelse kan utsettes for en streng straff.”⁷¹

På dommen s. 594 uttaler førstvoterende følgende om domstolskontrollen med et slikt forvaltningsvedtak:

” Jeg legger til grunn at flyktningebegrepet etter fremmedloven og flyktningekonvensjonen har et kjerneområde hvis omfang ikke er fastlagt en gang for alle, men påvirkes av landenes praksis i tilknytning til nasjonale regler, flyktningekonvensjonens bestemmelser og Høykommissærens syn på disse bestemmelsene. Flyktninger som omfattes av kjerneområdet, må etter fremmedloven innvilges politisk asyl i Norge. Utenfor kjerneområdet vil det derimot være opp til norske myndigheter å gjøre seg opp en samvittighetsfull oppfatning av hvorledes flyktningebegrepet bør praktiseres og legge dette til grunn i sin praksis. Domstolenes prøvelsesrett vil da neppe kunne bli mer omfattende enn ved prøving av forvaltningsvedtak truffet etter fritt skjønn. Men også den nærmere avgrensning av kjerneområdet må i første omgang tilligge forvaltningsmyndighetene, og domstolene bør vise tilbakeholdenhet med å overprøve de standpunkter som inntas. Først og fremst fordi avgjørelsene forutsetter innsikt i blant annet internasjonal flyktningep praksis, en innsikt domstolene ikke forvalter, men det har også betydning at alternativet til innvilgelse av asyl regulært vil være å gi oppholdstillatelse på humanitært grunnlag. ”

⁷¹ Fremmedloven § 2 første og andre ledd

Annenvoterende, som talsmann for flertallet, sa seg enig i førstvoterendes uttalelser når det gjelder domstolskontrollen, slik at dette ble stående. Til og med mindretallet mente at dette vurderingstemaet hørte innunder det ”frie” forvaltningskjønnet.⁷² Det som ble ansett å ligge utenfor domstolskontroll var det Høyesterett kalte ”utenfor kjerneområdet av fremmedloven § 2.”

Høyesterett mente altså at et slikt vurderingstema bør være underlagt begrenset domstolskontroll på grunn av den innsikt i slike spørsmål Utlendingsmyndighetene har og som ikke domstolene har.

Det har i teorien vært noe uenighet om Høyesterett i denne saken var tilbakeholdne med å overprøve forvaltningens lovtolking eller om de overlot deler av avgjørelsen til forvaltningens diskresjonære kompetanse.⁷³ I en ganske nylig avsagt dom, **Rt. 2010 s.858**, uttalte Høyesterett seg nettopp om dette, og viser i denne forbindelse til sur-place dommen. Igjen dreide saken seg om hvordan tolke begrepet ”flyktning” i utlendingsloven § 16⁷⁴, og hvordan tolke denne i samsvar med flyktningekonvensjonen⁷⁵ som Norge folkerettslig har forpliktet seg til. Staten anførte at dersom det oppstår tvil om hvordan forstå en konvensjonsbestemmelse, bør forvaltningens konvensjonstolking legges til grunn, og viste til Høyesteretts uttalelser i sur-place dommen om tilbakeholdenhet om å overprøve forvaltningens standpunkter på dette rettsområdet.⁷⁶

Høyesterett fastslår at domstolene uavhengig av forvaltningens lovtolking alltid vil være kompetente til selv å tolke den aktuelle lov- eller konvensjonsbestemmelse, og at et slikt tolkningsspørsmål måtte avgjøres av domstolene på selvstendig og uavhengig grunnlag, i tråd med gjeldende prinsipper for traktattolkning.⁷⁷ Bestemmelsen måtte tolkes i samsvar med flyktningekonvensjonen. Igjen bekreftes det at forvaltningens lovtolking alltid er gjenstand for domstolskontroll, og at domstolene skal foreta en uavhengig og selvstendig tolkning av den aktuelle bestemmelsen selv. Selve

⁷² Rt. 1991 s. 586 på s. 597

⁷³ Eckhoff/Smith (2010) s. 393 og Graver (2007) s. 273-274

⁷⁴ Utlendingsloven (opphevet) fikk anvendelse i denne saken

⁷⁵ Flyktningekonvensjonen av 28.juli 1951 og dens artikkel 1 C (5)

⁷⁶ Rt. 2010 s. 858 i avsnitt 21

⁷⁷ Rt. 2010 s. 858 i avsnitt 37

vurderingen som lå til grunn for asylavslaget ble ikke overprøvd utover at det ble konstatert at forvaltningens konvensjonstolkning som la grunnlaget for vedtaket, verken var vilkårlig eller bar preg av forskjellsbehandling.

4.1 Tilfeller der domstolene kan avsi dom for realitet

Hvilken intensitet domstolskontrollen med diskresjonære forvaltningsvedtak har avhenger av hvilket rettsområde man befinner seg på, jfr. blant annet uttalelsene i Naturfredningsdommen på s. 1433. Ved sterkt inngripende vedtak vil rettssikkerhetshensyn stille større krav til kontrollen med forvaltningsvedtak enn ved vedtak som ikke angår liv, helse eller tvang. Ved vedtak som angår visse administrative tvangsinngrep skal vedtaket i sin *helhet* kunne kontrolleres av domstolene. Dette begrunnes i rettssikkerhetshensyn. Vedtak som dermed er av mindre inngripende art, som forbud og påbud, stiller ikke samme krav til etterkontroll med mindre dette angår liv, helse og frihetsspørsmål direkte.

En lovbestemmelse som gir domstolene anledning til å prøve ”alle sakens sider” var tidligere gitt i tvistemålsloven⁷⁸ § 482 første punktum, og er videreført i tvisteloven § 36-5 (3): ”Innenfor rammene av vedkommende lov skal retten prøve alle sider av saken.”⁷⁹ Denne kompetansen innebærer at domstolene i tillegg lovanvendelsen, bevisvurderingen og subsumsjonen, kan overprøve forvaltningsskjønnet. Denne vide kompetansen for domstolenes prøvelsesrett må ses i samsvar med tvl. § 36-1, slik at den får bare anvendelse på saker som gjelder saker om administrative tvangsvedtak i helse- og sosialsektoren, etter sosialtjenesteloven⁸⁰ § 4A- 12 om rettssikkerhet ved bruk av tvang og makt overfor enkelte personer med psykisk utviklingshemning og § 6-6 om særlige tiltak overfor rusmiddelbrukere, lov om barneverntjenester⁸¹ § 7-24 om rettslig prøving av fylkesmenndas vedtak, lov om vern mot smittsomme sykdommer⁸² § 5-9 om overprøving av tvangsvedtak fattet overfor smittede personer, og psykisk helsevernloven⁸³ § 7-1 om domstolprøving av kontrollkommisjonens vedtak i

⁷⁸ Tvistemålsloven

⁷⁹ Tvisteloven

⁸⁰ Sosialtjenesteloven

⁸¹ Lov om barneverntjenester

⁸² Lov om vern mot smittsomme sykdommer

⁸³ Psykisk helsevernloven

forbindelse med tvungent psykisk helsevern. Alle disse lovene gir forvaltningen hjemmel til å fatte til dels svært inngripende vedtak overfor den enkelte, og det er derfor av stor betydning for den enkeltes rettssikkerhet at det i tillegg til de forvaltningsrettslige klageorganene er mulighet for en *full* domstolsprøvelse, slik at vedtaket som helhet blir underlagt kontroll.

Tvl. § 36-5 viser til samme lovs § 11-4 første punktum, der det fremgår at retten ikke er bundet av partenes påstander og anførsler. Domstolene kan dermed avgjøre saken på bakgrunn av andre rettslige og faktiske grunnlag enn hva partene har påberopt. Som eksempel på dette kan nevnes Rt. 1987 s. 289, der spørsmålet for Høyesterett var hvorvidt et vedtak om å overta omsorgen for to barn var gyldig. Når det gjelder anførselene som ble påberopt uttalte førstvoterende ved flertallet følgende: *”Den subsumsjon fylkesmannen har valgt, er imidlertid ikke til hinder for at retten bygger på en annen lovhjemmel dersom denne synes mer adekvat, jf. tvistemålslovens § 482 om at retten innenfor rammen av vedkommende lov skal prøve alle sider av saken. Selv om det nok kan sies at de forskjellige inngrepshjemlene i barnevernslovens § 16 overlapper hverandre, finner jeg det for min del mest naturlig å holde vedtaket om omsorgsovertakelse i denne sak opp mot bestemmelsen i barnevernslovens § 16 bokstav a.”*⁸⁴ Høyesterett avgjorde saken basert på barnevernloven § 16 første ledd bokstav a, og ikke bestemmelsens bokstav d som fylkesmannens vedtak var basert på.

I **Rt. 2003 s. 1319** ble domstolenes kompetanse etter tvistemålsloven § 482 første ledd⁸⁵ om at retten kan prøve ”alle sider av saka” nærmere fastlagt. Saken dreide seg om et vedtak om å frata en mor og en far foreldreretten og plassere vedkommendes barn i fosterhjem. Foreldrene prøvde forgjeves å få tilbake foreldreretten. Etter at fylkesnemnda omgjorde sitt opprinnelige vedtak og tilbakeførte foreldreretten, men ikke omsorgen for barnet, ble dette vedtaket igjen omgjort av tingretten, slik at foreldreansvaret ble tilbakekalt. Kommunen hadde ikke brakt dette kravet om omgjøring av fylkesnemndas vedtak inn for retten, så for Høyesterett var spørsmålet hovedsakelig om tingretten hadde anledning til å omgjøre fylkesmannens vedtak om

⁸⁴ Rt. 1987 s. 289 på s. 295

⁸⁵ Tvistemålsloven § 482

tilbakeføring av foreldreretten selv om dette ikke var brakt inn for retten av kommunen. Kommunen ba tingretten ta stilling til nye opplysninger som fremkom under hovedforhandlingen, og dette ledet til at tingretten omgjorde fylkesnemndas vedtak. Tingrettens avgjørelse ble senere opprettholdt av lagmannsretten.

Da saken kom opp for Høyesterett uttalte førstvoterende ved flertallet følgende om tolkingen av tvml. § 482: ” *Gode grunner kan tale for å forstå bestemmelsen slik at retten har plikt til å vurdere om den av eget tiltak skal behandle andre spørsmål fylkesnemnda har avgjort enn det eller de som er brakt inn til rettslig prøvelse. Kommer retten til at den vil ta opp et slikt spørsmål, må den selvsagt sørge for at partene får anledning til å uttale seg om spørsmålet.*⁸⁶ Videre uttalte førstvoterende: ”*Det forhold at domstolen i saker om administrative tvangsinngrep nærmest er tillagt myndighet som et forvaltningsorgan, taler også for å tolke § 482 slik at tingretten hadde kompetanse til å avgjøre foreldreansvaret. Domstolen skal således avgjøre saken på grunnlag av situasjonen på domstidspunktet, og i barnevernsaker først og fremst under hensyn til hva som tjener barnet. Domstolen har ansvar for sakens fulle opplysning, jf. tvistemålslovens § 481 siste ledd, og behandlingen er særlig betryggende ved at domstolen regelmessig er satt med fagkyndige meddommere.*”⁸⁷ Høyesterett stadfestet dermed tingrettens omgjøring av fylkesnemndas vedtak, og at den avsa realitetsdom uten at dette kravet var fremsatt for retten. Høyesterett fant at tvml. § 482 gir retten kompetanse til både å gå utenfor partenes anførsler og påstander, og å avsi realitetsdom der dette kan begrunnes i overordnede hensyn. Istedenfor å sende saken tilbake til fylkesnemnda for ny vurdering og et nytt vedtak som ville dra barnet inn i en ny langvarig prosess, kan retten avsi realitetsdom der den anser dette nødvendig i lys av forholdene. Førstvoterende uttalte: ”*Denne sak illustrerer behovet for at retten skal kunne ta opp til behandling ethvert spørsmål som er avgjort av fylkesnemnda, uavhengig av om det av partene er brakt inn til rettslig prøvelse. Mens saken sto for tingretten, inntrådte en tilspisset konfliktsituasjon, som aktualiserte revurdering av fylkesnemndas flertallsvedtak om å gi foreldreansvaret tilbake til foreldrene. Menneskelige hensyn tilsa at datteren C i denne situasjon burde slippe enda en opprivende barnevernsak, som – hvis retten var uten kompetanse – måtte begynne i*

⁸⁶ Rt. 2003 s. 1319 avsnitt 25

⁸⁷ Rt. 2003 s. 1319 avsnitt 27

fylkesnemnda, med nye runder i rettsapparatet som en nærliggende følge.” ⁸⁸ I tillegg til at domstolene er kompetente til å gå utover partenes påstander og anførsler, har de dermed også anledning etter § 36-5 (3) (og etter tvml. § 482) til å avsi realitetsdom der de finner dette nødvendig av hensyn til omstendighetene.⁸⁹

I **Rt. 2009 s. 560** ble det i likhet forrige dom avsagt dom for realitet av Høyesterett, ved at den opprettholdt lagmannsrettens dom. Saken gikk ut på at en mann forgjeves hadde bedt kommunen om å fremme sak for fylkesnemnda om å overta omsorgen for et barn som var plassert i fosterhjem. Vedkommende var ved DNA-analyse beviselig ikke barnets far, men inntil denne var på plass vedgikk han farskap etter reglene i barnelova § 4.⁹⁰ Barnevernstjenesten fattet etter DNA-analysen vedtak om at kommunen skulle overta omsorgen for barnet, og det ble plassert i fosterhjem. ”Far” ønsket etter dette å få tilbakeført omsorgsretten på tross av manglende farskap, og fremmet sak om dette for kommunen. Kommunen nektet å fremme hans sak for fylkesnemnda, fordi fremgangsmåten ”far” hadde benyttet i forbindelse med farskapsregistreringen ifølge kommunen var lovstridig i relasjon til barnevernstjenesten.

”Far” gikk til sak mot kommunen for å få fastsatt at han skulle likevel få ha omsorgen for barnet og at kommunen feilaktig ikke hadde fremmet sak om den daglige omsorgen for fylkesnemnda. Tingretten avviste saken, og ”far” anket til lagmannsretten. Denne avsa dom om at kommunen pliktet å forberede og sende sak om omsorgen for barnet til fylkesnemnda snarest mulig. Kommunen anket deretter til Høyesterett. For Høyesterett var det to spørsmål som måtte avgjøres. Først om lagmannsretten kunne avsi dom for realitet, og deretter om det kunne ankes over noe annet enn tingrettens avvisningsdom.

Førstvoterende ved flertallet viser til flere Høyesterettsdommer der det er avsagt dom for realitet, for å avgjøre nærmere om det kunne gjøres unntak fra denne hovedregelen om at domstolene som regel ikke kan avsi dom for realitet. Høyesterett fant at det kunne avsies dom for realitet i dette tilfellet, og begrunnet dette med at det var gått lang tid og

⁸⁸ Rt. 2003 s. 1319 avsnitt 26

⁸⁹ www.kommentarutgaver.no – Kommentarer til § 36-5. Rettens behandling og prøving s. 1-3.

⁹⁰ Barnelova

at kravene til rask og effektiv saksbehandling etter både barnekonvensjonen og EMK art. 6 nr. 1 var krenket ved at kommunen ikke fremmet sak i tide til fylkesnemnda. Kommunen pliktet å forberede og fremme sak om å endre farskap for fylkesnemnda når ”far” ønsket å overta omsorgen for barnet.⁹¹

Ankeinstansen kan i utgangspunktet bare forholde seg til de påstander og anførsler som er oppført i ankegrunnene.⁹² Høyesterett fant ikke at lagmannsrettens realitetsdom kunne begrunnes med tvistelovens regler for anke, men fordi kommunens manglende fremming av sak for fylkesnemnda ble ansett å være i strid med barnekonvensjonen og EMK art. 6 nr.1 og art. 8, fant Høyesterett at lagmannsrettens dom for realitet om at kommunen snarest måtte fremme sak for fylkesnemnda om omsorgsovertakelser for ”far” likevel var i henhold til lov.⁹³

De øvrige dommene Høyesterett viste til der det er avsagt dom for realitet er Rt. 1951 s. 19, Rt. 2000 s. 452, Rt. 2001 s. 995 og Rt. 2009 s. 170. Jeg skal i det følgende gjennomgå disse for nærmere å avklare i hvilke tilfeller domstolene anser seg kompetente til å avsi dom for realitet og ikke nøye seg med å oppheve et vedtak og sende dette tilbake til forvaltningsmyndigheten for ny behandling.

Rt. 1951 s. 19 – Mortvedtdommen

I denne saken var tidligere passive NS-medlemmer under den andre verdenskrig nektet nye drosjeløyver nettopp fordi de var dømt for landssvik. Det var for Høyesterett innrømmet at dette var eneste grunn til at nye løyver ikke ble innvilget. Samferdselsdepartementet hadde lovlig adgang til å nekte drosjeeierne nye bevilgninger etter eget skjønn under henvisning til at drosjeeierne var straffet for landssvik. Høyesterett fant likevel at nektelsesvedtaket til departementet var så vidt urimelig ”og stridende mot alminnelig samfunnsoppfatning”⁹⁴ at ikke bare ble drosjeeierne ble tildelt erstatning, men samferdselsdepartementet ble også pliktig å innvilge søknadene om nytt

⁹¹ Barneleva §§ 6 og 7 og Rt. 2009 s. 560 avsnitt 29

⁹² Tvisteloven § 29-20 og Rt. 2009 s. 560 avsnitt 44 flg.

⁹³ Rt. 2009 s. 560 avsnitt 54

⁹⁴ Rt. 1951 s. 19 i domssammendraget

løyve. Vedtaket ble ikke bare opphevet og sendt tilbake for ny behandling, men Høyesterett avsa dom for realitet; nye løyver måtte utstedes. Annenvoterende ved flertallet uttalte følgende: *"Når Høyesterett har funnet at denne grunn for nektelse av fortsatt bevilling ikke var holdbar, og det etter opplysningene i saken er utelukket at andre hensyn kan gjøres gjeldende mot at drosjeeierne får igjen sine bevillinger, blir det ikke spørsmål om utøvelse av noe administrativt skjønn. Ved å gi administrasjonen påbud om utstedelse av bevillingene hindrer Høyesterett at saken unødig behandles på ny av de forskjellige myndigheter, som etter den konstaterte ugyldighet i det foreliggende tilfelle ikke ville hatt annet å gjøre enn å omgjøre sine tidligere avgjørelser. Jeg har ikke funnet å kunne legge vekt på at antallet av drosjeeierbevillinger til enhver tid fastsettes av de administrative myndigheter."*⁹⁵

Denne saken står fremdeles som et vidtgående unntak fra hovedregelen i norsk forvaltningsrett om at dom for realitet bare unntaksvis kan avsies, og den er siden ikke fulgt opp i rettspraksis. Det at det ble avsagt dom for realitet på et område der forvaltningen hadde "fritt" skjønn, gjør dommen til et enda større unntak. Jeg kommer nærmere tilbake til dette ved gjennomgangen av de neste dommene og i oppsummeringen.

I **Rt. 2000 s. 452** dreide saken seg om hvorvidt en konsesjonsavgift skulle fastsettes på grunnlag av lov eller på grunnlag av konsesjonsmyndighetenes skjønn. Høyesterett fant at dette var fastlagt i lov, og at retten derfor kunne avsi dom for hvilket tidspunkt den nye konsesjonsavgiften skulle begynne å løpe: *"Ved vedtaket i punkt 3 i kgl.res. av 20. januar 1995 ble det fastsatt at den nye konsesjonsavgiften først skulle gjelde fra konsesjonstidspunktet 28. mai 1993. Det fremgår av det jeg har sagt, at det avgjørende tidspunkt må være 31. desember 1992, og ikke 28. mai 1993. Siden spørsmålet om fra hvilket tidspunkt konsesjonsavgiften skal inntre, ikke beror på konsesjonsmyndighetens skjønn, men må avgjøres på grunnlag av en tolking av loven, må Høyesterett kunne avsi dom for fra hvilket tidspunkt den nye konsesjonsavgiften skal begynne å løpe"*⁹⁶

⁹⁵ Rt. 1951 s. 19 på side 26

⁹⁶ Rt. 2000 s. 452 på s. 465

Det var altså her snakk om et lovbundet vedtak, og ikke et vedtak som kunne fattes med diskresjonær myndighet. Høyesterett avsa dom for realitet begrunnet i at tidspunktet for fastsettelse av avgiften kunne utledes av formell lov og ikke skulle avgjøres etter forvaltningens skjønn.

I **Rt. 2000 s. 996 (Bøhlerdommen)** avsa Høyesterett dom for realitet da den kom til at ligningsmyndighetene hadde krenket kravet etter EMK art. 6 nr. 1 om saksbehandling ”innen rimelig tid”. Tilleggsskatten vedkommende var ilagt etter påvist skatteunndragelse ble regnet som straff etter EMK art. 6 nr. 1, og i og med at ligningsmyndighetene ikke hadde ilagt tilleggsskatten innen konvensjonsbestemmelsens krav til rimelig tid. Høyesterett avsa dom for at den forhøyde ilagte tilleggsskatten skulle settes ned fra 60% til 30%.⁹⁷ Tilleggsskatten ble gitt med hjemmel i ligningsloven § 10-2 som ikke åpner for forvaltningsskjønn. Domstolene stod dermed overfor et lovbundet vedtak. Denne dommen viser at EMK art. 6 i visse tilfeller kan gi domstolene kompetanse til å avsi dom for realitet, og dermed utvider den tradisjonelle kontrollen med forvaltningsvedtak i norsk rett.

Rt. 2001 s. 995 – Uførepensjon

Denne dommen er i likhet med naturfredningsdommen mye referert til på grunn av sine prinsipielle uttalelser angående domstolenes kompetanse til å avsi dom for realitet istedenfor å oppheve ugyldige vedtak og sende dem tilbake til forvaltningsmyndigheten. I Naturfredningsdommen ble det avsagt en prinsipiell uttalelse relatert til hvor langt domstolskontrollen med forvaltningsskjønnet går.

Høyesterett avviste den ankende parts anførsel om at en domstol som alminnelig regel har plikt til å gi dom for realiteten i saker hvor et forvaltningsvedtak er lovbundet.

Saken gjaldt retten til å motta uførepensjon etter folketrygdloven. Vedkommende var blitt erkjent 50% uførepensjon, men hadde søkt om 60%. Vedkommende anket dette

⁹⁷ Rt. 2000 s. 996 på s. 1023 og s. 1028

vedtaket til Trygderetten og krevde en uførepensjon på 100 %. Spørsmålet for Høyesterett var om domstolene var kompetente til ikke bare å avgjøre om vedtaket var gyldig, men også om de kan avsi dom for hvilken uføregrad vedkommende skulle gis. Partene var enige om at det som skulle prøves av Høyesterett var et forvaltningsvedtak som fullt ut var lovbundet. Vedkommende som anket over trygderettens vedtak anførte at ved lovbundne vedtak måtte domstolene også kunne avsi dom for realitet. Til dette uttalte Høyesterett: ” *Etter min mening er det ikke grunnlag i tradisjonell norsk rett for en generell regel om at domstolene ved lovbundne forvaltningsvedtak kan gi dom for realiteten. Jeg vil ikke utelukke at domstolene bør ha adgang til å gi realitetsdom i særlige tilfeller, for eksempel der noe annet vil være unødig formalisme eller hvis et forvaltningsorgan mot formodning ikke innretter seg lojalt etter en domstolsavgjørelse. Men den klare hovedregelen er den motsatte: domstolenes kontroll med forvaltningen er innskrenket til en legalitetskontroll.*”⁹⁸ Høyesterett viser også til Mortvedtdommen og dens uttalelser, og fremhever at det i Mortvedtdommen dreide seg om et vedtak som ”*reelt sett ikke avhang av noen form for skjønn, hvor resultatet ved en etterfølgende forvaltningssak ville være gitt...*”⁹⁹ Høyesterett fremhevet videre at nettopp slike områder som uførepensjon tilhører bør være underlagt ”den type faglige skjønn under rettsanvendelsen der domstolene bør begrense seg til sin vanlige rolle.”¹⁰⁰

Rt. 2009 s. 170

En kvinne som hevdet å ha krav på voldsoffererstatning av Erstatningsnemnda for voldsofre, gikk til sak for at domstolene skulle avsi dom for at hennes krav var reelt etter voldsofferserstatningsloven¹⁰¹. Høyesterett stod overfor et lovbundet vedtak etter loven kapittel 2 og 3, og uttalte bredt om domstolenes prøvelsesrett, blant annet med støtte i NOU 2001:32.¹⁰² Uttalelsene fra tvilstemålsutvalget i NOU 2001:32 er siden fulgt opp i forarbeidene til tvisteloven.¹⁰³

⁹⁸ Rt. 2001 s. 995 s. 1003 - 1004

⁹⁹ Rt. 2001 s. 995 s. 1001

¹⁰⁰ Rt. 2001 s. 995 s. 1004

¹⁰¹ Voldsofferstatningsloven

¹⁰² NOU 2001:32 Bind A

¹⁰³ Rt. 2009 s. 170 avsnitt 49 og Ot.prp.nr. 51 (2004-2005) på s. 146

Høyesterett siterte fra NOU 2001:32 på s. 195: « *Etter tvistemålsutvalgets syn bør man holde fast ved den alminnelige regel om at domstolenes oppgave er å prøve lovligheten av forvaltningens vedtak og ikke selv tre inn i forvaltningens sted og treffe realitetsavgjørelsen. Dette gjelder både for forvaltningens diskresjonære skjønn og for de lovbundne avgjørelsene. Med mindre det i den materielle lovgivningen som fastsetter pliktene, rettighetene eller kompetansen er fastlagt at domstolene skal kunne avsi dom for realitetskravet, må domstolens avgjørelse – dersom vedtaket er ugyldig – gå ut på at vedtaket er ugyldig og eventuelt tilkjennelse av erstatning. Unntak bør bare skje der det vil være unødig formalisme å sende saken tilbake til forvaltningen for ny behandling, jf. [Rt-1951-19](#). »* Henvisningen til Mortvedtdommen her viser at det etter denne domsavsigelsen ikke er blitt etablert en praksis på linje med denne avsigelsen. Mortvedt saken er klart et unntakstilfelle.

Høyesterett støttet seg til tvilsmålsutvalgets uttalelser om at det både ved diskresjonære og lovbundne vedtak som hovedregel er en legalitetskontroll som skal utføres av domstolene. I tillegg kommenterte Høyesterett de prinsipielle uttalelsene i Uførepensjonsdommen fra 2001, om at det som hovedregel må lovhemmel til for at domstolene skal kunne avsi dom for realitet. Høyesterett stilte seg bak dette. Videre uttaler Høyesterett: ” *Den ankende part har gjort gjeldende at domstolene alltid må ha rett og plikt til å avsi realitetsdom når vedtak om voldsoffererstatning står til prøving. Jeg kan vanskelig gi min tilslutning til dette. Dom for realiteten kan først og fremst komme på tale etter en konkret vurdering av enkeltsaker – slik som i den nevnte Mortvedtsaken. Etter min mening skal det i hvert fall svært mye til før det unntak som stilles opp i [Rt-2001-995](#), skal få generell anvendelse for visse typer vedtak. Det bør tilligge lovgiver å beslutte slike generelle avvik fra den etablerte arbeidsfordelingen mellom domstoler og forvaltning. Disse synspunktene gjelder også for vedtak om voldsoffererstatning. Jeg føyer til at det for voldsoffererstatning, som nevnt, er etablert et betydelig forvaltningsapparat for å håndtere søknader om erstatning på en betryggende måte. Når lovgiver ikke har bestemt at domstolene skal avsi realitetsdom ved prøving av de vedtak som fattes på denne måten, bør Høyesterett heller ikke gjøre det.*”¹⁰⁴

¹⁰⁴ Rt. 2009 s.170 avsnitt 52 og 53

Hensynet til lovgiverviljen og respekten for arbeidsfordelingen mellom forvaltningsmyndigheter og domstoler ble ansett viktigere enn å avsi dom for realitet i dette tilfellet.

Høyesterett kommenterte også EMK art. 6 nr. 1, som ble påberopt som grunnlag for å få avsagt realitetsdom. Førstvoterende viste også her til uførepensjonsdommen og uttalelsene i tilknytning til denne konvensjonsbestemmelsen. Det kan ikke utledes en generell hjemmel av denne bestemmelsen til å avsi realitetsdom, men hvis kravet om saksbehandling ”innen rimelig tid” vil bli krenket eller sannsynligvis kommer til å bli krenket og saksforholdet gir god grunn til å avsi dom for realitet, kan dette bli aktuelt: *”Jeg føyer til at dersom en domstol under prøvingen av et konkret vedtak finner at tidskravet i EMK artikkel 6 nr. 1 er eller kommer til å bli krenket, vil det kunne foreligge et særlig tilfelle som gir rett – og etter omstendighetene plikt – til å avsi realitetsdom. Den foreliggende sak ligger ikke slik an.”*¹⁰⁵ EMK art. 6 nr. 1 kunne i lys av saksforholdene ikke gi grunnlag for at Høyesterett skulle avsi dom for realitet, men Høyesterett åpnet for at dette kan være tilfelle gitt andre saksomstendigheter.

4.2 Sammenfatning

Som det fremgår av de ovennevnte dommene er forvaltningens *rettsanvendelse* underlagt full prøving, det samme gjelder bevisvurderingen og subsumsjonen forvaltningen foretar basert på de to første.

Som hovedregel faller selve *skjønnsvurderingen* utenfor. Forvaltningens endelige vurdering blir ikke prøvet utover en legalitetskontroll og faktum i saken relatert til denne. Forvaltningen har likevel en rekke retningslinjer å forholde seg til når den utøver skjønn, og disse vil alltid kunne overprøves av domstolene som et ledd i hvordan saksbehandlingen har foregått. Hvordan saksbehandlingen har foregått kan domstolene alltid overprøve. Hvorfor forvaltningen i det enkelte tilfelle velger slik den gjør blir altså ikke overprøvd med mindre det blir konstatert alvorlige saksbehandlingsfeil som kan gjøre vedtaket ugyldig, og i noen tilfeller kan gjøre forvaltningsorganet erstatningsansvarlig.

¹⁰⁵ Rt. 2009 s. 170 avsnitt 62

Unntak fra hovedregelen om begrenset domstolskontroll med forvaltningsskjønnet gjør seg gjeldende i de tilfeller det er snakk om vidtgående inngrep i rettigheter som angår liv og helse, eller der det er snakk om administrative tvangsinngrep. Domstolene kan støtte seg til tvisteloven § 36-5 tredje ledd for de saker der denne får anvendelse. Det at domstolene i disse tilfellene har samme kompetanse som et overordnet forvaltningsorgan ville hatt, med full prøvelse av det foretatte skjønn, gir borgerne en verdifull rettssikkerhetsgaranti. Det sikrer en fullverdig gjennomgang av alle sakens sider, også det utviste skjønn.

Mortvedt dommen¹⁰⁶, konsesjonsavgiftsdommen¹⁰⁷ og Bøhlerdommen¹⁰⁸ viser at domstolene i noen tilfeller ser seg kompetente til å avsi dom der det ikke foreligger hjemmel i lov for dette. Mortvedtsaken skiller seg fra de to andre siden departementets vedtak i denne saken var underlagt departementets endelige vurdering og dets "frie" skjønn. I de to øvrige sakene gjaldt et rettsanvendelseskjønn som domstolene er kompetente til å prøve fullt ut. En dom for realitet i saker der rettsanvendelseskjønnet prøves er dermed ikke like problematisk, selv om disse dommene også blir å regne som unntak fra hovedregelen om begrenset domstolskontroll. Mortvedtdommen er som nevnt verken fulgt opp i rettspraksis eller i forarbeider.

Av uførepensjonsdommen¹⁰⁹ ble det klart at det ikke kan sies å være et generelt prinsipp i norsk rett for at det ved lovbundne vedtak skal kunne avsies realitetsdom. Det må avgjøres i det enkelte tilfelle om forholdene likevel tilsier at dom for realitet kan avsies.

Uttalelsene i uførepensjonsdommen ble igjen bekreftet i Rt. 2009 s. 170, med nøye gjennomgang av NOU til tvisteloven. Høyesterett bekreftet her at det verken ved diskresjonære eller lovbundne vedtak kan sies å være ulovfestet rett at domstolene skal sette seg i forvaltningsorganets sted og avsi dom for realitet. Dette er en lovgiveroppgave å definere, og noe domstolene skal vise tilbakeholdenhet overfor. I forarbeidene til tvisteloven slutter justis- og politidepartementet seg til NOU 2001:32 og

¹⁰⁶ Rt. 1951 s. 19

¹⁰⁷ Rt. 2000 s. 452

¹⁰⁸ Rt. 2000 s. 996

¹⁰⁹ Rt. 2001 s. 995

uttalelsene angående domstolenes prøvelsesrett. De tilføyer at ”den lovforståelse som domstolene legger til grunn ved sin prøving av et lovbundet vedtak, kan gjøre andre faktiske omstendigheter relevante for avgjørelsen enn dem som forvaltningsorganet med sin (uriktige) lovforståelse har sett grunn til å vurdere. Det stemmer da best med oppgavefordelingen mellom domstolene og forvaltningen at forvaltningsorganet innhenter og vurderer de faktiske opplysninger som det er bruk for. Departementet forutsetter at forvaltningsorganet gir dette høyeste prioritet.”¹¹⁰

I NOU 2001:32 vises det til Høyesteretts uttalelser i Rt. 2009 s.170 om at hvis det skal oppstilles en regel om at domstolene kan gi dom for realitet, må både saksøker og forvaltningen i det enkelte tilfelle legge saken langt bredere opp enn hva som er nødvendig for at det skal kunne avgjøres hvorvidt vedtaket er gyldig eller ikke. Likevel kan det tenkes ”unntakstilfelle der hele saken står og faller med ett enkelt vilkår, eller der saken er så fullstendig opplyst for domstolene at det vil ha preg av formalisme om retten ikke kan ta stilling til realiteten.”¹¹¹

Etter disse uttalelsene fremtrer det som klart at det i norsk rett ikke kan oppstilles en regel for at domstolene kan gi dom for realitet, bortsett fra i de tilfeller der det enten måtte fremgå av lovhjemmel eller saksforholdet er slik at fordelene ved å avsi dom for realitet veier opp for ulempene det vil være ikke å følge uttalelser i lovforarbeider og lovgivers vilje.¹¹²

EMK art. 6 kan, som uttalt i Rt. 2009 s.170, gi domstolene kompetanse til å avsi realitetsdom der det fremgår som klart for retten at vilkåret for sakbehandling ”innen rimelig tid” ikke er oppfylt. Denne bestemmelsen kan dermed i det enkelte tilfelle utvide domstolskontrollen med forvaltningsvedtak i norsk rett.

¹¹⁰ Ot.prp.nr. 51 (2004-2005) s. 146

¹¹¹ NOU 2001:32 bind A s. 195

¹¹² Rt. 2009 s.170 avsnitt 60

5 Prøvingsretten i svenske forvaltningsdomstoler

5.1 Överklagbarhet og besvärsrätt

For at man skal kunne påklage et forvaltningsvedtak inn for forvaltningsdomstolene må vilkårene om överklagbarhet og besvärsrätt være oppfylt. Selve vedtaket må kunne påklages, og den part som klager må ha klagerett. Dette fremgår av förvaltningslagen¹¹³ § 22, som sier at et vedtak kan påklages av den som vedtaket angår om det går ham imot, og vedtaket kan påklages. Dersom disse vilkår og andre prosessforutsetninger er oppfylt, skal klages tas opp til behandling. Dersom vilkårene ikke foreligger skal saken avvises.¹¹⁴

Jeg skal nå gå nærmere inn på förvaltningsbesvär, kommunalbesvär og rättsprövning, før jeg gjennomgår noe rettspraksis fra den øverste forvaltningsdomstolen Regeringsrätten. Det jeg skal belyse ved å trekke fram rettspraksis er hvor langt den materielle prøvingsretten går. Jeg tar utgangspunkt i Regeringsrättens (RÅs) praksis, i og med at dette er øverste forvaltningsdomstol. Jeg kommer til å gjennomgå rettspraksis der förvaltningsbesvär er rett klageform, og vise hva forvaltningsdomstolsinstansen overprøver og hvordan den begrunner sin kontroll med vedtaket. Deretter vil jeg vise til et par eksempler der prosessformene er kommunalbesvär og rättsprövning, og hvordan disse begrenser Regeringsrättens overprøvmuligheter.

5.2 Prosessformene förvaltningsbesvär, kommunalbesvär og rättsprövning

I Sverige overprøves forvaltningsvedtak enten via förvaltningsbesvär, kommunalbesvär eller rättsprövning. For de to siste prosessformene foretar domstolen en begrenset kontroll med vedtaket, mens det for förvaltningsbesvär foretas en full prøving - også en eventuell skjønnsutøvelse blir gjenstand for kontroll. Prosessformen förvaltningsbesvär er hovedregelen, ettersom denne klageformen gjelder for alle statlige

¹¹³ Förvaltningslagen

¹¹⁴ Warnling-Nerep (2008) s. 71

forvaltningsorganers avgjørelser.¹¹⁵ Dette vil si at hovedregelen innebærer en full prøving av det fattede vedtak, også skjønnsutøvelsen.

Prosessformen förvaltningsbesvär gjelder også for visse kommunale myndigheters vedtak dersom dette fremgår av spesiallovgivningen,¹¹⁶ men som hovedregel for kommunale og fylkeskommunale vedtak gjelder at det her kun foretas en legalitetskontroll i henhold til reglene for kommunalbesvär.¹¹⁷ Det som er gjenstand for kontroll ved kommunalbesvär er hvorvidt det kommunale vedtaket er fattet i henhold til lov, om kommunen og landstinget var kompetente til å fatte vedtaket, eller om vedtaket er lovstridig.¹¹⁸ Vedtakets rimelighet eller skjønnsutøvelse (lämplighet) overprøves som hovedregel ikke. Dette gjelder også for prosessformen rättsprövning. Jeg kommer tilbake til alle formene når jeg litt senere skal vise til rettspraksis fra Regeringsrätten for alle tre prosessformene.

Det er den enkelte lov som avgjør hvilken prosessform som benyttes ved klage over forvaltningsvedtak. Det vil fremgå av lov hva den korrekte prosessformen er, altså hvorvidt klagen skal anføres under förvaltningsbesvär, kommunalbesvär eller rättsprövning. Som sagt er hovedregelen i förvaltningsbesvär i henhold til förvaltningslagen § 22, men dersom annet fremgår av spesiallover eller forskrifter går dette foran.¹¹⁹ Hovedregelen om prøving også av et vedtaks "lämplighet" er dermed ikke uten unntak.

I de tilfeller *förvaltningsbesvär* er prosessformen, har forvaltningsdomstolen i alle tre instanser samme kompetanse som besluttende forvaltningsorgan har. Skjønnsvurderingen er gjenstand for kontroll, og tillegg kan vedtaket ikke bare oppheves, men også bli endret eller erstattet med et nytt vedtak.¹²⁰ Det kan dermed avsies dom for realitet. Domstolen kan likevel ikke gå utenfor det som påklages og forvaltningsorganets avgjørelse, med mindre dette er til en bedring for parten. Dette

¹¹⁵ Förvaltningslagen §§ 1, 2 og 3, jfr. § 31

¹¹⁶ Se for eksempel Plan- og bygglag kap. 13 og Ordningslag kap. 2 §28

¹¹⁷ Kommunallagen kap. 10 § 1

¹¹⁸ Kommunallagen kap. 10 § 8 nr. 1, 2, 3 og 4

¹¹⁹ Se förvaltningslagen § 3

¹²⁰ Bragdø-Ellenes (2009) s. 325

fremgår av förvaltningsprocesslagen 29: ”Rättens avgörande får ej gå utöver vad som yrkats i målet. Om det föreligger särskilda skäl, får dock rätten även utan yrkande besluta till det bättre för enskild, när det kan ske utan men för motstående enskilt interesse.” Retten kan altså bare gå utenfor det som påklages i saken hvis dette er i den enkeltes interesse og det kan skje uten at det rammer en annens interesser.¹²¹ I bestemmelsens første punktum ligger en eventuell begrensning når det gjelder det materielle omfanget av prøvingsretten ved forvaltningsbesvær. Dersom klager ikke har anført at det ”lämplige” skal prøves, vil ikke retten ta stilling til dette, med mindre bestemmelsens andre punktum slår gjennom med større tyngde. At retten kan prøve også skjønnsutøvelsen ved forvaltningsbesvær fremgår ikke av noen lovbestemmelse. Dette tas for gitt i den svenske forvaltningstradisjonen, så lenge prosessformen er forvaltningsbesvær. Det er nemlig slik at unntak fra denne uskrevne hovedregelen må begrunnes, og et unntak fra den finnes som nevnt i kommunallagen kapittel 10. Begrensningen om ikke å prøve vedtakets ”lämplighet” finnes dermed eventuelt i förvaltningsprocesslagen § 29 første punktum.¹²²

Ved *kommunalbesvær* skal retten under gitte vilkår oppheve et vedtak, men vedtaket kan ikke endres og erstattes med et nytt: ”Något annat beslut får inte sättas i det överklagade beslutets ställe”¹²³

Prosessforutsetningen *rättsprövning* gjelder i de tilfeller Regeringsrätten behandler avgjørelser avsagt av Regeringen i forvaltningsklager, og i disse tilfeller er Regeringsrätten kompetent til å foreta en lovlighetskontroll av Regeringens avgjørelse. Rättsprövning er i likhet med kommunalbesvær begrenset til en ”laglighetskontroll” og innebærer ikke en overprøving av vedtakets ”lämplighet”. Rättsprövning er bare aktuelt i de tilfeller der Regeringen treffer forvaltningsvedtak i første instans.¹²⁴ Eksempler på slike saksområder er I de saker som for Förvaltningsrätten og Kammarrätten er forvaltningsbesvær, har Regeringsrätten i likhet med de to øvrige instansene, kompetanse til å overprøve også det ”lämplige” i vedtaket.

¹²¹ Warnling-Nerep (2008) s. 67-69

¹²² Warnling-Nerep (2008) s. 69

¹²³ Kommunallagen kap. 10 § 8 tredje ledd

¹²⁴ Lag om rättsprövning av vissa regeringsbeslut § 1

5.3 De tre forvaltningsdomstolene

5.3.1 Förvaltningsrätten

Förvaltningsrätten er første forvaltningsdomstolsinstans.¹²⁵ Dersom förvaltningsrätten ikke er første instans vil dette fremgå av lov eller forskrift. Förvaltningsdomstolen er kompetent til å avsi dommer i skattesaker, saker etter sociallovgivningen, utlendings- og statsborgerskapsrett, vedtak om utvisning, jordbrukssaker, dyrebeskyttelse, saker om førerkortinnvilgelse, og i tillegg kan den fastslå såkalte ”ansökningsärenden”, som berører tvang innenfor psykiatrien, hvorvidt omsorgen for et barn med tvang flyttes ut av hjemmet, og tvang vedrørende omsorg for rusmisbrukere.¹²⁶ I tillegg kan förvaltningsdomstolen foreta ”laglighetsprövning” i henhold til Kommunallagen. Dette betyr at den er kompetent til å overprøve kommunalbesvær, som er rette prosessform for vedtak fattet etter kommunallagen. Förvaltningsrätten het tidligere Länsrätten, men ble 15.februar 2010 omgjort fra 23 Länsrätter til 12 Förvaltningsrätter. Förvaltningsrätten har overtatt de tvister som tidligere lå under Länsrättens jurisdiksjon.¹²⁷ I de dommene jeg viser til litt senere vil det kun være snakk om länsretten, men dette er altså dagens förvaltningsrätt.

5.3.2 Kamarrätten

Kamarrätten er delt inn i fire avdelinger, og disse fire er plassert i Göteborg, Sundsvall, Jönköping og Stockholm. Kamarrätten er ankeinstans for de saker som går videre fra förvaltningsrätten,¹²⁸ og er i tillegg førsteinstans i såkalte ”sekretessmål”, som gjelder offentlighet i forvaltningen. Det kreves såkalt ”prövningstilstånd” i de fleste tilfeller for at kamarrätten skal behandle en sak som ankes fra förvaltningsrätten. Prövningstilstånd skal gis i de tilfeller det kan være snakk om prejudikatsstatus for saken, dersom förvaltningsrättens avgjørelse kan endres eller det av andre grunner anses viktig å behandle saken.¹²⁹ I skattesaker og i saker innenfor sosiallovgivningen behøver likevel ikke prosessforutsetningen om prövningstilstånd å

¹²⁵ Förvaltningslagen 22a §, Lag om allmänna förvaltningsdomstolar § 1 og Warnling-Nerep (2008) s. 70

¹²⁶ www.domstol.se – Sveriges Domstolar - Förvaltningsrätt

¹²⁷ www.domstol.se, om Sveriges domstolar, Förvaltningsrätt.

¹²⁸ Förvaltningsprocesslagen 33 §

¹²⁹ Förvaltningsprocesslagen § 34a

være oppfylt.¹³⁰ I disse sakstilfeller kan det ankes direkte fra Förvaltningsrätten uten at det kreves prøvningstilstånd.

Migrationsöverdomstolen er en del av Kammarrätten som ligger i Stockholm, og er siste overprøvingsinstans i utlendings- og statsborgerskapssaker. De øvrige tre migrationsdomstolene befinner seg ved de øvrige Kammarrätter, og disse behandler klager over vedtak fattet av Migrationsverket i første instans.¹³¹

5.3.3 Regeringsrätten

Regeringsrätten er øverste forvaltningsdomstol og behandler anker fra Kammarrätten og enkelte saker fra Regeringen. Også for Regeringsrätten gjelder at prøvningstilstånd kreves før en sak blir behandlet. Slik prøvningstilstånd skal gis dersom en sak kan få prejudikatsstatus, at det foreligger særlige grunner til å prøve saken eller at Kammarrätten har gjort alvorlige feil i sin bedømming.¹³² Det er kun et fåtall forvaltningssaker som kommer opp for Regeringsrätten, slik at Kammarrätten faktisk ofte blir siste instans for forvaltningsklager.¹³³ Dersom anke til Regeringsrätten blir avslått blir dette sjelden begrunnet, og betyr ofte at rettstilstanden på vedkommende område anses for å være godkjent.¹³⁴

5.3.4 Kompetansefordelingen mellom de alminnelige domstolene og forvaltningsdomstolene

De alminnelige domstolene (Tingrätt, Hovrätt og Högsta Domstolen) skal ikke behandle klager over forvaltningsvedtak. Dette fremgår uttrykkelig av Rättegångsbalken¹³⁵ kap. 10. § 17 og förvaltningslagen § 22. Ifølge bestemmelsen i Rättegångsbalken er alminnelige domstoler ikke kompetente til å ta opp tvister som skal prøves av andre myndigheter enn domstol, og dette vil si regeringen eller en forvaltningsmyndighet.¹³⁶

¹³⁰ www.domstol.se – Sveriges Domstolar - Kammarrätt

¹³¹ Utlänningslagen kap. 14 §§ 1-5 og kap. 16 §§ 1 og 9

¹³² Förvaltningsprocesslagen §§ 35 og 36, Lag om allmänna förvaltningsdomstolar § § 1 og 2

¹³³ www.domstol.se – Sveriges Domstolar - Regeringsrätt

¹³⁴ Bragdø-Ellenes (2009) s. 72

¹³⁵ Rättegångsbalk

¹³⁶ Bohlin/Warnling/Nerep (2004) på s. 329

Bestemmelsen i förvaltningslagen kom inn som et ledd i at Sverige tilpasset seg EF-retten, for enda tydeligere å avgrense de alminnelige domstolars kompetanseområde mot forvaltningsdomstolenes.¹³⁷ I tillegg er det i de fleste spesiallover inntatt bestemmelser om overprøvingsretten retten til å påklage et forvaltningsvedtak. Som eksempel på en spesiallov er Kommunallagen kap 10. § 1 som gjelder grensene for ”laglighetsprøvingen”. Prøvingen av vedtaket fremgår av samme lovs § 8.¹³⁸

Ifølge Förvaltningslagen § 3 går spesiallovene ved motstrid foran og avgjør også hvilken prosessform som er korrekt i vedkommende sak. En reservasjon fremgår i § 3 andre ledd i relasjon til EMK art. 6. Et utslag av *lex specialis* i bestemmelsens første ledd kan ikke overstyre de forpliktelser Sverige har etter EMK om at enhver har krav på å få sine sivile rettigheter og plikter fastslått av en domstol.¹³⁹

6 Rettspraksis fra Regeringsrätten

RÅ 1995 ref. 67 – förvaltningsbesvär full överprövning

Saken dreide seg om en adopsjonssøker som ulovlig hadde hatt omsorgen for en tre år gammel vietnamsk gutt et halvt år før hun søkte om lovlig adopsjon etter socialtjänsteloven § 25 første ledd. Socialnämnden avslo søknaden hennes på grunnlag av fire momenter; hennes høye alder (45 år gammel), at hun var enslig, at hun ikke hadde et bredt sosialt nettverk, og liten erfaring med å leve med små barn. Den gamle socialtjänsteloven § 25 første og tredje ledd lød som følger:

Første ledd:

”En underårig får inte utan socialnämndens medgivande tasemot för stadigvarande vård och fostran i ett enskilt hem som inte tillhör någon av hans föräldrar eller någon annan som har vårdnaden om honom. Som ett medgivande anses socialnämndens beslut att bereda den underåriga vård i ett visst familjehem.”

¹³⁷ SOU 2007:65 s. 127- 128

¹³⁸ Kommunallagen

¹³⁹ SOU 2007:65 s. 127-128

Tredje ledd:

”Är det fråga om att ta emot ett barn med hemvist utomlands isyfte att adoptera det, skall medgivandet inhämtas innan barnetlämnar det land där det har sitt hemvist. Medgivande får lämnas endast om den eller de som vill adoptera har tillfredsställande kunskaper om barn och deras behov och har blivit informerade om den planerade adoptionens innebörd. Medgivandet upphör att gälla, om inte barnet har tagits emot i hemmet inom två år från det medgivandet lämnades.”¹⁴⁰

I første ledd fremgår det at det er socialnämnden som er kompetent forvaltningsorgan til å fatte vedtak etter denne bestemmelsen. Etter tredje ledd fremgår det at samtykke til å adoptere kun gis dersom vedkommende søker har tilfredstillende kunnskaper om barn og deres behov og har blitt informert om hva den planlagte adopsjonen egentlig innebærer. Dette er altså forhold som tilligger socialnämnden å vurdere. Ble socialnämndens vurdering overprøvet i Regeringsrätten og hvordan begrunnet i så fall Regeringsrätten dette?

Regeringsrätten gjennomgår først loven og tolker dens ordlyd før den viser til forarbeidene for nærmere å avklare hvilke retningslinjer som angir hvorvidt samtykke til adopsjon bør gis eller ikke. Av disse fremgår det blant annet at barnet bør kunne garanteres gode omsorgs- og oppvekstforhold, samt at barnet bør kunne tilbys en passende utdanning. Videre presiseres det i forarbeidene at socialnämnden ved vurderingen bør ta i betraktning hjemmets generelle egnethet som et adopsjonshjem: ...”socialnämnden vid prövningen bör bedöma hemmets allmänna lämplighet att ta emot barn för vård och fostran.”¹⁴¹

Adopsjonssøker ble tilkjent adopsjonssamtykke i første instans (länsrätten), men Kammarrätten avsto søknaden og la størst vekt på socialnämndens vurderinger. Regeringsrätten som siste instans ga derimot adopsjonssøker medhold og samtykket i å gi tillatelse til adopsjon, slik også Länsrätten hadde gjort. Regeringsrätten delte seg i et

¹⁴⁰ Socialtjänstlag (opphevet)

¹⁴¹ RÅ 1995 ref. 67 og Prop 1979/80:1 del A s. 538 - 539.

flertall og et mindretall. Mindretallet støttet seg til Kammarrättens avgjørelse og socialnämndens vurdering. Det faktum at vedkommende ulovlig hadde hatt omsorg for gutten i et halvt år før hun søkte ble ikke ansett å ha betydning for utfallet, verken av flertallet eller av mindretallet. Flertallet fant at vedkommende adopsjonssøker etter en helhetsvurdering kvalifiserte til å adoptere. ”Men hensyn till vad som i den uppkomna situationen kan anses vara det bästa för pojken och övriga omständigheter i målet bör A-B.B. inte nekas det sökta medgivandet.”¹⁴² Alle tre forvaltningsdomstolsinstanser foretok en full overprøving av hele vedtaket. Socialnämndens lovtolking og vurderingen som lå til grunn for vedtaket ble gjenstand for full prøving av både Länsrätt, Kammarrätt og Regeringsrättsretten. Regeringsrätten begrunnet sin avgjørelse på en helhetsvurdering av lovens ordlyd, forarbeider og de faktiske forhold som forelå.

RÅ 2008 ref. 33 – full overprøving i alle instanser av skjønnsmessig formulerte vilkår: ”särskilda skäl”

Denne saken gjaldt en tilbakekallelse av godkjenning av en uavhengig, jødisk-ortodoks barneskole. Skolen fikk i utgangspunktet godkjenning av Statens skolverk, men da elevtallet ble mindre enn 20 ble godkjenningen tilbakekalt. Kravet på minimum 20 elever var ett av de absolutte kumulative vilkårene i tidligere skollagen kap. 9 § 2 første ledd nummer 6 for at en skole skal kunne fortsette.¹⁴³ Et unntak fra kravet om 20 elever kan begrunnes i bestemmelsen dersom det foreligger ”särskilda skäl” – med andre ord ”særlige grunner” for det. Länsrätten gjennomgikk hva særlige grunner i relasjon til § 2 nr. 6 og kravet om minimum 20 elever kunne være, og tok utgangspunkt i hvilke konsekvenser det ville ha for barna dersom skolen ikke fikk lov til å drive lenger, og om barna da kunne tilbys en tilsvarende skolegang i rimelig avstand fra der de bor. Hva som er en tilsvarende skolegang måtte avgjøres ut i fra skollagens krav til grunnskoleutdanningens innhold og kvalitet. Skolen anførte for Länsrätten at i og med at det kun fantes én jødisk, ortodoks skole i Göteborg, og at det var utenkelig for de barn som allerede var tatt opp til skolen å begynne et annet sted. I tillegg påberopte

¹⁴² RÅ 1995 ref. 67

¹⁴³ Skollagen (opphevet)

skolen seg FNs barnekonvensjon om barns rettigheter til Dette ble ikke ansett av Länsrätten å tilfredsstille "särskilda skäl" i skollagen som kunne rettferdiggjøre at elevantallet var mindre enn et av de absolutte vilkår om 20 elever. Skolen mistet sin godkjenning på grunn av for få elever og at den ikke klarte å vise til særlige grunner for dispensasjon fra dette absolutte vilkåret. Länsrätten avslo dermed skolens forvaltningsklage.¹⁴⁴

For Kammarrätten anførte skolen videre at religionsfriheten i henhold til EMK art. 9 måtte i relasjon til kravet om "likvärdig utbildning" på en annen skole, føre til at skolen likevel kunne fortsette å drive. Ingen annen skole i nær omkrets var jødisk ortodoks, og utøvelsen av denne religionen kunne bare finnes i en dertil egnet skole. Kammarrätten fant at tilbakekallelsen av godkjenningen verken var i strid med skollagen eller EMK art. 9, tilleggsprotokoll nr. 1 artikkel 2 om enhvers rett til utdanning. Men særlige grunner til dispensasjon fra regelen om minimum 20 elever ble ansett å foreligge ettersom dette var den eneste jødisk-ortodokse skolen i Sverige og Norden forøvrig, og at det lave elevantallet ikke var tilstrekkelige store begrensninger i relasjon til skollagens krav til grunnskoleutdanningens innhold og kvalitet. Kammarrätten fant ikke at staten hadde plikt etter EMK art. 9 og tilleggsprotokoll 1 art. 2 til å innrette eller subsidiere undervisning av et visst slag, men derimot at staten har en plikt til å tilrettelegge for slike skoler etter EMK. Likevel var ikke vedtaket om å tilbakekalle godkjenningen av skolens drift i strid med EMK, fordi nasjonalstatene i disse saker er anvist en skjønnsmargin fra EMD. I tillegg tar skollagen tilstrekkelig vare på kravene til undervisning og kravet til en likeverdig utdanning som er stilt opp fra samfunnets side.¹⁴⁵ Vedtaket var dermed ikke uforenlig med EMK, men derimot mente Kammarrätten at det fantes særlige grunner for skolen å drive videre.

Regeringsrätten støttet seg til Länsrättens vurdering, slik at skolen ikke fikk godkjenningen tilbake. Retten var også enig med Kammarrättens vurdering når det gjaldt et eventuelt brudd på EMK art. 9 og tilleggsprotokoll nr. 1 artikkel 2, og fant at det ikke forelå brudd på konvensjonsbestemmelsene. Vurderingen av hvorvidt skolen kunne få

¹⁴⁴ RÅ 2008 ref. 33 på s. 2

¹⁴⁵ RÅ 2008 ref. 33 på s. 4

godkjennelsen tilbake måtte derfor finnes i eventuelle særlige grunner, og Regeringsrätten fant i likhet med Länsrätten at de anførte grunner ikke kvalifiserte til vilkåret om særlige grunner i skollagen kap. 9 § 6.

Alle tre forvaltningsdomstolsinstansene overprøvde altså Statens skolverks vedtak og tolket vilkåret om "särskilda skäl" fullt ut. I Norge ville et slikt tema, som etter tidligere plbl. § 7 om "særlige grunner" for dispensasjon typisk være et forvaltningsskjønnstema med begrenset domstolskontroll. I svensk forvaltningsrett innebar dette temaet ingen begrensning for overprøvingen fordi prosessformen her var förvaltningsbesvär. Det fremgår ikke annet av skollagen, så da er hovedregelen förvaltningsbesvär.

RÅ 2010 ref. 26 – begrensninger i form av kommunalbesvär

Saksforholdet var her at en kommune hadde avslått en mors ønske om stønad til datterens reisevei mellom skolen og pensjonatet hun og moren bodde på. Ettersom vedtaket ble fattet av en kommune var dette et kommunalbesvär som dermed har begrenset prøving.¹⁴⁶ Prøvingen av et kommunalt fattet vedtak begrenser seg til en lovlighetskontroll etter reglene om kommunalbesvär. Spørsmålet for Regeringsrätten var om vedtaket kunne oppheves etter kommunallagen kap. 10 § 8 nr. 4 - hvorvidt vedtaket var lovstridig eller i henhold til lov. Regeringsrätten fant at kommunen ikke hadde vedtatt et lovstridig vedtak, ettersom det verken etter skollagen eller lagen om kommunernas skyldighet att svara för vissa elevresor fremgikk noen plikt til å stå ansvarlig for betaling av datterens reisevei.¹⁴⁷ Denne dommen er interessant fordi Länsrätten uttalte i sin avgjørelse de klare begrensningene som foreligger når et kommunalbesvär skal overprøves av forvaltningsdomstolene: "Länsrätten får således i förevarande sammanhang inte pröva det överklagade beslutets lämplighet och inte heller sätta något annat beslut i dess ställe."¹⁴⁸ Vedtakets hensiktsmessighet kan ikke prøves av domstolene, og heller ikke kan domstolene vedta med nytt innhold, eller avsi dom for realitet når prosessformen er kommunalbesvär.

¹⁴⁶ Jfr. Kommunallagen kap. 10 § 8

¹⁴⁷ RÅ 2010 ref. 26 s. 4

¹⁴⁸ RÅ 2010 ref. 26 s. 1

RÅ 2004 ref. 14 – Regeringsrättens begrensede domstolskontroll etter prøvningsrätten

Saken dreide seg om en godkjent søknad av en ombygning av et vannkraftverk. Denne godkjente søknaden ble påklaget av flere statlige og kommunale grupperinger med påstand om at det ikke var tatt tilstrekkelig hensyn til miljøet. Vattendomstolen (nå Miljödomstolen) fant etter en helhetsvurdering at Jämtkraft ABs søknad om ombygging av det eksisterende vannkraftverket var i henhold til både naturressurslagen¹⁴⁹ og vattenlagen.¹⁵⁰ Vattendomstolens avgjørelse ble overlatt til Regeringen som rett forvaltningsmyndighet til å godkjenne et slikt vedtak etter vattenlagen kap. 11 § 3 og kapittel 13 § 42.¹⁵¹

Regeringen fant i likhet med Vattendomstolen og etter en helhetsvurdering av hensynene for og i mot ombygging av vannkraftverket, at den godkjente søknaden skulle opprettholdes. Etter Regeringens domsavsigelse ble saken anket til Regeringsrätten som rett ankeinstans etter rättspövningslagen § 1 første og andre ledd.¹⁵²

Regeringsrätten gjennomgår grundig grensene for domstolskontrollen når prosessforutsetningen er rättsprövning. Rättsprövningen omfatter tolking av aktuell lov, herunder faktabedømming, bevisvurdering og hvorvidt vedtaket er i henhold til kravet om saklighet, upartiskhet og likhetsprinsippet. Likeledes kan Regeringsrätten prøve om feil i saksbehandlingen kan ha påvirket den endelige avgjørelsen. Dersom forvaltningsmyndigheten har en viss handlingsfrihet omfatter kontrollen med vedtaket hvorvidt myndigheten har gått utenfor denne kompetansen.¹⁵³ I dette ligger ingen kontroll av skjønnsutøvelse. Regeringsrätten tolket, i likhet med Vattendomstolen og Regeringen, naturressurslagen kap. 3 § 6 tredje ledd og vilkårene om ”endast obetydlig miljöverkan” dithen at det i slike saker er en helhetsvurdering av tiltaket kontra miljøkonsekvensene som må foretas, og Regeringsrätten uttalte uttrykkelig at

¹⁴⁹ Naturressurslagen (opphevet)

¹⁵⁰ Vattenlagen (opphevet)

¹⁵¹ RÅ 2004 ref.14 s. 4

¹⁵² Lag om rättsprövning av vissa förvaltningsbeslut

¹⁵³ RÅ 2004 ref. 14 på s. 5

”obetydlig miljøverkan” ikke er gir rom for skjønnsutøvelse ved tolkingen. Loven gir ikke rom for skjønn, men derimot en helhetsvurdering. Regeringsrätten viser til sine egne uttalelser i en tidligere avsagt dom som omhandlet den samme bestemmelsen i naturresurslagen: ”Rättsprövningen bör inte utsträckas till att avse politiska lämplighetsfrågor i egentlig mening. Av vad nu har sagts följer att rättsprövningen inte skall utgöra en fullständig överprövning av meddelade förvaltningsbeslut.”¹⁵⁴

Tolkingen av ”obetydlig miljøverkan” i naturresurslagen ble gjort med utgangspunkt i lovens forarbeider. I følge disse var området som vannkraftverket skulle bygges om i ikke omfattet av lovens ”särskilda hushållningsbestämmelser” som vanskeliggjorde inngrep i naturen. Unnaks fra denne regelen kunne gjøres dersom det var snakk om mindre tiltak som innebar kun ubetydlig miljøpåvirkninger. Det omstridte området var derimot ikke tatt med i Regeringens forslag om ekstra beskyttelse av visse elvestrekninger som skulle omfattes av naturresurslagen. Regeringsrätten fant, på tross av at Regeringen hadde utelatt vedkommende elvestrekning fra sitt forslag, at dette området likevel, etter en helhetsvurdering, burde omfattes av loven og at det planlagte inngrepet ville være mer omfattende enn hva Regeringen vurderte det til å være. Vurderingen etter lovens vilkår ”obetydlig miljøverkan” måtte etter Regeringsrättens mening tolkes svært restriktivt med tanke på de miljøhensyn loven skal vareta, og at det ved hver konkrete vurdering også måtte tas hensyn til eventuelle andre miljøkonsekvenser som ikke nødvendigvis fremgår uttrykkelig av naturresurslagen eller dens forarbeider.¹⁵⁵ Regeringsrätten overprøver dermed hele vedtaket Regeringen fattet, i henhold til lag om rättsprövning, men tar klart avstand fra eventuelle skjønnsmessige vurderinger fordi loven ikke ga rom for dette, og fordi dette som utgangspunkt er utelukket når prosessformen er rättsprövning.

¹⁵⁴ RÅ 1993 ref. 44 på s. 2

¹⁵⁵ RÅ 2004 ref. 14 på s. 5-7

7 Rettspolitiske momenter – bør domstolenes prøving av det diskresjonære skjønn gå lenger? Hensyn for og i mot.

Hensynet til maktfordelingen er det som fremheves oftest når det diskuteres¹⁵⁶ hvorvidt om domstolene skal gå lenger i å prøve et diskresjonært forvaltningsvedtak enn de gjør. Domstolene er det dømmende organ, og skal ikke befatte seg med det politiske anliggende i samfunnet. Dette tilhører etter maktfordelingsprinsippet den utøvende makten, ved regjeringen og også de underordnet regjeringen, nemlig forvaltningsorganene. I tillegg til dette kommer i noen tilfeller forvaltningens spesielle ekspertise eller faglige kompetanse som domstolene bør vise respekt for. Domstolene må i mange tilfeller kunne stole på særlig sakkyndige på områder domstolene selv ikke har særlig stor kjennskap til, og av tidmessige årsaker ikke kan forventes å sette seg inn i. I forarbeidene til den nye tvisteloven fremheves særlig hensynet til en nedgang i tidsfordbuk for hver enkelt sak, så dette er et overordnet hensyn i det norske rettsvesenet, det såkalte konsentrasjonsprinsippet.¹⁵⁷ Mine spørsmål til ovennevnte er likevel følgende; bør ikke den *vurderingen* som forvaltningsorganene legger til grunn for sine vedtak underkastes domstolskontroll? Kan ikke domstolene vise respekt for det eventuelle faglige skjønn som ligger bak vurderingen og likevel kunne prøve selve vurderingen utover dette? Foreligger ikke en mulighet for at den enkeltes rettssikkerhet blir bedre ivaretatt dersom domstolene kan prøve alle sakens sider?

Forvaltningsorganenes særlige fagkunnskap eller kjennskap til lokale forhold kan jo tillegges vekt og likevel bli underlagt domstolskontroll. Jeg mener at dette ikke vil forrykke den politiske balansen i samfunnet, men nærmere fastslå at når man velger å ta en sak inn for domstolene, er man sikret at alle sakens sider kan bli underlagt domstolskontroll. Er ikke dette egentlig et minimumskrav sett fra borgernes side? Vel kan man ved intern klage til overordnet forvaltningsorgan i Norge få overprøvd alle sakens sider, men dette forekommer ikke meg å være samme rettssikkerhetsgaranti som hvis en uavhengig domstol skal sette seg inn i avgjørelsen av et vedtak. Jeg er enig i at

¹⁵⁶ Erik Boe, LoR 2007, Aulstad/Lie, JV 2007, Reusch/Nisja LoR 2009 – for å nevne noen

¹⁵⁷ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) på s. 34

en hovedregel om full overprøving av forvaltningsvedtak kan være problematisk i relasjon til maktfordelingen mellom lovgivende og dømmende organer. I de tilfeller lovgiver ønsker å gi forvaltningen endelig beslutningsmyndighet, bør domstolene respektere dette. Borgeren er sikret å få prøvet i domstolene hvorvidt forvaltningens saksbehandling er forsvarlig, om den bygger på utenforliggende hensyn og ikke er vilkårlig. Men når det ikke prøves hvorfor forvaltningen velger et alternativ fremfor et annet, mener jeg at dette muligens er å tillegge et forvaltningsorgan for mye myndighet, selv om vedkommende forvaltningsorgan skulle besitte større kunnskap på det aktuelle området. Det skulle jo egentlig ikke være noen motsetning der. Domstolene kan og bør ta hensyn til den faglige ekspertise som måtte tilligge forvaltningsorganet og i tillegg overprøve hvorfor det ene alternativet ble valgt foran det andre.

7.1 Norge og Sverige

Rettspraksis både fra Norge og Sverige viser at det er unntak fra begge lands hovedregler. I Sverige er hovedregelen full domstolskontroll med diskresjonære forvaltningsvedtak, men det er unntak fra denne hovedregelen ved de to prosessformene kommunalbesvär og rättsprövning. I Norge er hovedregelen at det finner sted en legalitetskontroll med forvaltningsvedtaket, og at forvaltningens skjønn ikke er gjenstand for domstolskontroll. Likevel er det domstolene selv som nærmere fastsetter grensen mellom hva som kan prøves eller ikke i henhold til lov, og i noen tilfeller fraviker Høyesterett sine egne prejudikater og utvikler rettstilstanden der den mener at dette er nødvendig.

Hovedreglene i de to landene er dermed vidt forskjellige, men er det bedre rettssikkerhet for borgeren i det ene eller andre systemet?

For Sverige sin del gjelder jo at det er unntak fra hovedregelen, og at full overprøving i en rekke saker ikke vil slå gjennom. Dette gjelder som tidligere nevnt i saker der prosessformen er kommunalbesvär og rättsprövning. I realiteten foreligger dermed

unntak som kanskje ikke gjør forskjellene mellom det norske og svenske systemet så store. Likevel er det interessant at *hovedregelen* i Sverige er full diskresjonær prøving ved domstolene, og at det er unntakene som må begrunnes. Jeg tror muligens at den enkelte borgers rettssikkerhet kan være bedre ivaretatt med det svenske systemet for overklaging av forvaltningsvedtak. Når hovedregelen er full overprøving vil dette gi, tror jeg, et sterkt signal til forvaltningen om ikke bare å fatte et lovlig vedtak, men også at vurderingen som ligger til grunn må begrunnes tilstrekkelig. Jeg lurer på om ikke den signaleffekten det vil sende forvaltningen, kan gjøre saksbehandlingen bedre. Erik Boe uttaler i sin artikkel i Lov og Rett fra 2007, at et ”forebyggingsperspektiv” er viktig for forvaltningen. Forvaltningen vet at domstolene kan kontrollere lovanvendelsen, og denne vissheten kan dermed være ”med på å hindre at forvaltningen overskrider sin myndighet.”¹⁵⁸ Det samme kan dermed gjelde for den vurderingen forvaltningen legger til grunn, det kan hjelpe til å være et slags ris bak speilet. Videre gir denne hovedregelen om full prøving en rettssikkerhet for borgerne, i den forstand at et forvaltningsvedtaks vurdering, skjønnsutøvelsen inkludert, blir overprøvet.

Domstolene kan og bør uansett hensynta det forvaltningsskjønn som ligger bak det endelige vedtaket. Det er ikke snakk om å overstyre et faglig skjønn, men å overprøve vedtaket i sin helhet, og likevel respektere den eventuelle ekspertisen som ligger bak vurderingen. Dette mener jeg ikke vil forrykke en politisk balanse i samfunnet, men heller være med på nærmere å definere arbeidsoppgavene for domstol og forvaltning. Kanskje en svensk modell, med forvaltningsdomstoler og dens hovedregel om full diskresjonær overprøving hadde vært noe for Norge? I forarbeidene til tvisteloven¹⁵⁹ er det uttrykkelig uttalt motforestillinger mot å opprette forvaltningsdomstoler i Norge. Det uttales at arbeidsfordelingen mellom forvaltning og domstolene tilsier at at vedtaks hensiktsmessighet er forvaltningens oppgave å vurdere. Utvalget ønsker ikke nærmere å kommentere hvorfor det har motforestillinger mot forvaltningsdomstoler i Norge, men begrunner dette med at det ikke ligger innenfor deres mandat å uttale seg om dette videre. Så lenge det eksisterer ”behandlingsregler som gir rimelig adgang til

¹⁵⁸ Erik Boe, Lov og Rett 2007 på s. 4

¹⁵⁹ Tvisteloven

domstolsprøving, og som sikrer en hensiktsmessig og forsvarlig behandling av de vedtak som bringes inn til rettslig prøving”¹⁶⁰, er dette det sentrale for utvalget. Tvistelovsutvalgets uttalelser angående eventuelle forvaltningsdomstoler i Norge, er ikke blitt kommentert ytterligere i offentlige utredninger siden.¹⁶¹

I kapittel 5 uttales det nærmere om det materielle omfanget av prøvingsretten og spesielt hvorvidt domstolene kan avsi dom for realitet: ”Etter tvistemålsutvalgets syn bør man holde fast ved den alminnelige regel om at domstolenes oppgave er å prøve lovligheten av forvaltningens vedtak og ikke selv tre inn i forvaltningens sted og treffe realitetsavgjørelsen. Dette gjelder både for forvaltningens diskresjonære skjønn og for de lovbundne avgjørelsene. Med mindre det i den materielle lovgivningen som fastsetter pliktene, rettighetene eller kompetansen er fastlagt at domstolene skal kunne avsi dom for realitetskravet, må domstolens avgjørelse - dersom vedtaket er ugyldig - gå ut på at vedtaket er ugyldig og eventuelt tilkjennelse av erstatning. Unntak bør bare skje der det vil være unødig formalisme å sende saken tilbake til forvaltningen for ny behandling, jf [Rt-1951-19](#).” Dette stemmer jo også med uttalelsene i utførepensjonsdommen¹⁶² og i Rt. 2009 s. 170, som for en stor del også henviste til nettopp disse utredningene vedrørende adgangen til å avsi dom for realitet. Likevel har jo Høyesterett avsagt dom for realitet i flere dommer, blant annet konsesjonsavgiftsdommen¹⁶³ og i Bøhlerdommen.¹⁶⁴ I teorien er det også hevdet at ved strengt lovbundne avgjørelser bør domstolene kunne avsi dom for realitet.¹⁶⁵ Men det ser altså ikke ut som det konvensjonelle synet på egne forvaltningsdomstoler i Norge ønsket er særlig positivt, det er kanskje til og med ”instinktivt avvisende”.¹⁶⁶ Rettssikkerheten blir ansett at ivaretas tilstrekkelig gjennom adgangen til alminnelige og uavhengige domstoler slik systemet er i dag.

¹⁶⁰ NOU 2001:32 bind A kap. 18 på s 497

¹⁶¹ Eckhoff/Smith (2010) s. 541

¹⁶² Rt. 2001s. 995

¹⁶³ Rt. 2000 s. 452

¹⁶⁴ Rt. 2000 s. 996

¹⁶⁵ Eckhoff/Smith (2010) s. 547

¹⁶⁶ Eckhoff /Smith (2010) s. 541

8 Litteraturliste

Bøker:

Andenæs, Johs. og Fliflet, Arne, Statsforfatningen i Norge, 10.utg. Oslo, 2006,
Universitetsforlaget

Bernt, Jan Fridthjof og Ørnulf Rasmussen, Frihagens forvaltningsrett Bind 1, 3.opplag,
Bergen 2003, Fagbokforlaget

Boe, Erik, Innføring i juss bind 2, Statsrett og forvaltningsrett, Oslo 1993, Tano Forlag

Bohlin, Alf og Wiweka Warnling-Nerep, Förvaltningsrättens grunder, Stockholm 2004,
Norstedts Juridik AB

Bragdø-Ellenes, Sunniva Christina, Overprøving av forvaltningsvedtak i Norge, Sverige
og Frankrike, Det juridiske fakultet, Universitetet i Oslo, 2009

Eckhoff, Torstein og Eivind Smith, Forvaltningsrett, 10.utgave, Oslo 2010,
Universitetsforlaget

Graver, Hans Petter, Alminnelig forvaltningsrett, 3.utgave, Oslo 2007,
Universitetsforlaget

Riise Haagensen, Thorbjørn,,,(et.al), Kommenterte høyesterettsavgjørelser i
forvaltningsrett, Bergen 2008

Smith, Eivind, Stat og rett, artikler i utvalg 1980-2001, Oslo 2002, Universitetsforlaget

Warnling-Nerep, Wiweka, En introduktion till förvaltningsrätten, nionde upplagan, Stockholm 2008, Norstedts Juridik

Norske artikler

Aulstad, Johan Greger og Markus Hoel Lie. Rt. 2007 s.257 – domstolsprøvelsen av forvaltningsvedtak

Innjord, Frode. Hva er ”vakkert”? Domstolskontroll med forvaltningsvedtak når forvaltningens kompetanse er angitt ved vage og/eller skjønnspregede uttrykk. I Jussens Venner 1996 s. 161-194

Boe, Erik. Hvem bestemmer – domstolene eller forvaltningen? I lov og rett nr. 02/2007 s- 1-14

Reusch, Christian og Ola Ø. Nisja. Domstolsprøving av forvaltningsvedtak – nye avklaringer. I Jussens Venner nr. 04/2009, s. 1-8

Norske lover

1915 Lov om rettergangsmåten for tvistemål (tvistemålsloven) av 13. august 1915 nr. 06

1956 Lov om utlendingers adgang til riket (fremmedloven) av 27. juli 1956

1965 Lov om fritaking for militærtjeneste av overbevisningsgrunner (militærnekterloven) av 19. mars 1965 nr. 3

1967 Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven) av 10. februar 1967

1970 Lov om naturvern (naturvernloven) av 19. juni nr. 63

1981 Lov om barn og foreldre (barnelova) av 8. april 1981 nr. 7

1983 Lov om statens tjenestemenn (tjenestemannsloven) av 4. mars 1983 nr. 3

- 1985 Plan- og bygningslov (plan- og bygningsloven) av 14. juni 1985 nr. 77
- 1988 Lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven) av 24.juni 1988 nr. 64
- 1991 Lov om sosiale tjenester mv. (sosialtjenesteloven) av 13. desember 1991 nr. 81
- 1992 Lov om barneverntjenester (barnevernloven) av 17. juli 1992 nr. 100
- 1992 Lov om kommuner og fylkeskommuner (kommuneloven) av 25. september 1992 nr. 107
- 1994 Lov om vern mot smittsomme sykdommer (smittevernloven) av 5. august 1994 nr. 55
- 1999 Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) av 21. mai 1999 nr. 30
- 1999 Lov om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern (psykisk helsevernloven) av 2. juli 1999 nr. 62
- 2001 Lov om erstatning fra staten for personskade voldt ved straffbar handling (voldsofferstatningsloven) av 20. april 2001 nr. 13
- 2002 Lov om yrkestransport med motorvogn og fartøy (yrkestransportloven) av 21. juni nr. 45
- 2005 Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) av 17. juni 2005 nr. 90
- 2008 Lov om planlegging og byggesaksbehandling (plan- og bygningsloven) av 27. juni 2008 nr. 71

Svenske lover

| | |
|------------------------|--|
| Rättegångsbalk | Rättegångsbalk (1942:740) |
| Lag om allmänna | förvaltningsdomstolar (1971:289) |
| Förvaltningsprocesslag | Förvaltningsprocesslag (1971:291) |
| Vattenlagen | Vattenlag (1983:291) |
| Skollagen | Lag om införande av Skollagen (1985:1101) |
| Förvaltningslagen | Förvaltningslag (1986:223) |
| Naturresurslagen | Lag om hushållning med naturresurser (1987:12) |
| Socialtjänstlag | Socialtjänstlag (1988:205) |
| Kommunallag | Kommunallag (1991:900) |

| | |
|------------------|--|
| Ordningslag | Ordningslag (1993:1617) |
| Utlänningslag | Utlänningslag (2005:716) |
| Rättsprövning | Lag (2006:304) om rättsprövning av vissa regeringsbeslut |
| Plan- og bygglag | Plan og bygglag 2010:900) |

Traktater

| | |
|------------------------|--|
| Flyktningekonvensjonen | Flyktningekonvensjonen 28. juli 1951 |
| EMK | Den europeiske menneskerettskonvensjon, Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling av 21. mai 1999 nr. 30 |

Norske dommer

Rt. 1951 s. 19
 Rt. 1987 s. 289
 Rt. 1988 s. 664
 Rt. 1991 s. 586
 Rt. 1995 s. 72
 Rt. 1995 s. 1427
 Rt. 1996 s. 657
 Rt. 1998 s. 1795
 Rt. 2000 s. 452
 Rt. 2000 s. 591
 Rt. 2000 s. 996
 Rt. 2001 s. 995
 Rt. 2003 s. 1319
 Rt. 2005 s. 229
 Rt. 2007 s. 257
 Rt. 2007 s. 667
 Rt. 2007 s. 1573
 Rt. 2009 s. 170

Rt. 2009 s. 560

Rt. 2009 s. 705

Rt. 2009 s. 1432

Rt. 2010 s. 376

Rt. 2010 s. 858

Norske underrettsdommer

RG 2004 1176 (Agder lagmannsrett)

Svenske dommer

RÅ 1993 ref. 44

RÅ 1995 ref. 67

RÅ 2004 ref. 14

RÅ 2008 ref. 33

RÅ 2010 ref. 26

Norske forarbeider

NOU 2001:32 A Rett på sak Lov om tvisteløsning (tvisteloven)

NOU 2004:6 Mellom effektivitet og personvern

Svenske forarbeider

SOU 2007:65 Domstolarnas handläggning av ärenden

Forskrifter

Yrkestransportforskriften Forskrift om yrkestransport innenlands med motorvogn
og fartøy av 26. mars 2003 nr. 401

Betenkninger

Forvaltningskomiteens innstilling - Innstilling fra Komiteen om til å utrede spørsmålet
om mer betryggende former for for den offentlige forvaltning, Oslo, 13.03.1958

Odelstingsproposisjoner

| | |
|--------------------------|---|
| Ot.prp.nr.56 (1984-1985) | Plan- og bygningslov |
| Ot.prp.nr.46 (1986-1987) | Utlendingers adgang til riket og deres opphold her |
| Ot.prp.nr.51 (2004-2005) | Mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) |
| Ot.prp.nr.32 (2007-2008) | Planlegging og byggesaksbehandling (plan- og bygningsloven) |

Nettdokument

Norge

www.lovdatab.no

www.idunn.no

www.kommentarutgaver.no

<http://websir.lovdatab.no/cgi-lex/wiftzsok?bas=nl&emne1=tvistelov&sok=fast>

Sverige

www.domstol.se

http://www.domstol.se/templates/DV_InfoPage_722.aspx

http://www.domstol.se/templates/DV_InfoPage_720.aspx

http://www.domstol.se/templates/DV_InfoPage_724.aspx

<http://www.rattsinfosok.dom.se/lagrummet/index.jsp>

www2.notisum.com (www.lagen.se)

<http://www2.notisum.com/Pub/Default.aspx?pageid=109>

www.lagen.nu

<https://lagen.nu/>